This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 777 447

Digitized by Google

Bd. 1927

HARVARD LAW LIBRARY

Received

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

1883
T2

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

ACTIONS ARBITRAIRES

EN DROIT ROMAIN

DES

CONFLITS D'ATTRIBUTIONS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Maurice SALANSON

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

Digitized by Google

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
LVX VITAM
BAR LE-C

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES

ACTIONS ARBITRAIRES

EN DROIT ROMAIN

DES

CONFLITS D'ATTRIBUTIONS

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le Mardi 26 Juin 1883, à une heure

PAR

Maurice SALANSON

PRÉSIDENT : M. GARSONNET

SUFFRAGANTS : MM. VUATRIN, DUVERGER (PROFESSEURS) ; ESMEIN, JOBBÉ-DUVAL (AGRÉGÉS)

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
Libraires-Éditeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22
1883

Digitized by Google

JUN 27 1921

Digitized by Google

MEIS

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT ROMAIN.

DES

ACTIONS ARBITRAIRES.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT ROMAIN.

DES

ACTIONS ARBITRAIRES.

CHAPITRE PREMIER.

Notions générales.

Les actions, en droit romain, étaient l'objet de classifications multiples. On les classait d'après leur origine, d'après la rédaction de la formule, d'après la nature du droit qui leur servait de base, d'après la nature du fait d'où elles dérivaient et d'après leur but, enfin d'après l'étendue des pouvoirs conférés au juge.

C'est à cette dernière classification que se rattache la division en actions arbitraires et non arbitraires.

L'intérêt de cette division n'apparaît que si la prétention du demandeur est justifiée; si elle ne l'est pas, ou, ce qui revient au même, si elle est paralysée par une

Digitized by Google

exception, l'office du juge, dans toutes les actions, est de renvoyer le défendeur absous.

Mais si l'*intentio* de la formule délivrée au demandeur est vérifiée, c'est-à-dire s'il fait la preuve de son droit, le pouvoir du juge diffère, suivant que l'action portée devant lui est arbitraire ou non arbitraire. Si elle n'est pas arbitraire, il procède immédiatement à la condamnation du défendeur; si elle est arbitraire, il offre au défendeur un moyen d'échapper à la condamnation qui le menace, en lui ordonnant de fournir une satisfaction qu'il détermine.

La constatation du droit du demandeur faisait l'objet d'un premier jugement appelé *pronunciatio* ou *declaratio*. Ce jugement, qui avait l'autorité de la chose jugée, était accompagné d'un *arbitrium* et d'un *jussus*. Par l'*arbitrium*, le juge fixait la satisfaction que le défendeur devait fournir au demandeur pour être absous, par le *jussus*, il lui intimait l'ordre de la fournir. S'il refusait d'obéir, il encourait une condamnation dont le montant était déterminé tantôt par le juge, tantôt par le demandeur lui-même. Le demandeur était appelé à faire cette estimation dans deux cas : lorsque le défendeur s'était mis par son dol dans l'impossibilité de restituer, et lorsque, en mesure de satisfaire à l'*arbitrium*, il se refusait à obéir au *jussus* du juge. On disait dans ces deux hypothèses qu'il y avait lieu au *juramentum in litem*, parce que le demandeur devait prêter serment de ne pas commettre d'exagération dans l'estimation de son droit.

Nous verrons que dans la dernière période du droit formulaire, on permît de recourir à l'exécution *manu militari* de l'*arbitrium*, toutes les fois que la satisfaction pouvait être réalisée sans un acte de volonté du défen-

Digitized by Google

deur. « *Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrario judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat* » (Inst., liv. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 31).

Le caractère arbitraire de l'action se manifestait par l'insertion dans la formule des clauses *nisi restituat, nisi solvat, nisi exhibeat.* Cicéron nous a laissé dans sa deuxième action contre Verrès la formule d'une action arbitraire : « *Lucius Octavenus judex esto; si paret fundum Capenatem de quo agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna : si non paret absolve* » (Cicéron, *In Verr., De jurisd. sicil.*, II, 12).

La place de la clause qui donnait au juge le pouvoir d'absoudre le défendeur pouvait varier. Dans l'exemple de Cicéron, elle se trouve dans l'*intentio*. De même dans les formules *in factum* de l'action *depositi* : « *Si paret... redditam non esse,* » que nous donne Gaïus (*Com.*, IV, § 47), et dans celle de l'action *quod metus causa* : « *Neque ea res arbitrio judicis restituetur* » (loi 14, § 11, *Quod metus causa*, liv. IV, t. II).

Il est probable que les mots « *nisi restituat* » pouvaient être placés entre l'*intentio* et la *condemnatio*.

Enfin nous les trouvons aussi insérés dans la *condemnatio;* tel est le cas, cité par Gaïus, de la formule *in jus* de l'action *depositi* : « *Condemnato N. R.* (1) » (Gaïus, IV, § 47).

(1) Ces deux lettres, longtemps illisibles, ont été déchiffrées, il y a quelques années, dans le manuscrit de Vérone.

Digitized by Google

La raison d'être des actions arbitraires s'explique aisément. Sous la procédure formulaire, jamais le demandeur ne pouvait obtenir en nature la chose même à laquelle il avait droit; toutes les condamnations avaient pour objet une somme d'argent, Gaïus nous le dit expressément : « *Omnium autem formularum quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est. Itaque etsi corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed æstimata re pecuniam eum condemnat* » (l. IV, § 48).

Ce principe qui, à l'origine, semble avoir été appliqué à toutes les actions personnelles dans le but de soumettre tous les créanciers au même sort, en ramenant les droits de tous à un objet uniforme, fut plus tard étendu aux actions réelles. On conjecture que l'effet novateur de la *litis contestatio*, qui transformait en droit de créance le droit déduit en justice, eut pour conséquence naturelle de faire considérer le demandeur, comme ayant préféré devenir créancier du défendeur plutôt que de poursuivre l'exécution de son droit réel. Cette explication, repoussée par quelques auteurs, a le mérite de faire comprendre pourquoi le *sacramentum* se maintint longtemps, en matière réelle à côté de la procédure formulaire, malgré ses formes surannées.

Si le demandeur qui obtenait la condamnation de son adversaire, avait l'avantage dans le système des condamnations exclusivement pécuniaires, de voir peser sur lui tous les risques, il subissait le double inconvénient, beaucoup plus grave, de ne pas obtenir ce qu'il réclamait et d'être obligé de subir le concours des autres

Digitized by Google

créanciers par la conversion de son droit réel en simple créance : ce qui l'exposait à souffrir de l'insolvabilité du défendeur.

La création des actions arbitraires fut un remède apporté à cet état de choses; grâce à elles le demandeur avait chance d'obtenir l'objet même de son droit et d'échapper ainsi aux inconvénients que nous avons signalés. Mais ce remède n'eut toute son efficacité que le jour où l'exécution forcée du *jussus* fut admise.

Jusque-là il me paraît probable que le débiteur insolvable devait refuser toute restitution et que dès lors le demandeur continuait, comme par le passé, à souffrir du concours des autres créanciers. Remarquons que l'avantage d'obtenir la chose même, de préférence à de l'argent, ne se présentait pas seulement dans les actions réelles, mais encore dans certaines actions personnelles comme l'action *depositi* où le demandeur réclamait l'objet déposé.

Il était possible, d'autre part, que le défendeur lui aussi préférât restituer, plutôt que de payer une somme d'argent; l'action arbitraire lui offrait cette facilité.

Là ne se bornait pas l'utilité des actions arbitraires. Elles répondaient dans d'autres hypothèses à d'autres besoins. Ainsi, dans les actions personnelles *de dolo* et *quod metus causa,* le caractère arbitraire offrait cet avantage au défendeur, qu'en fournissant la satisfaction arbitrée par le juge il évitait l'infamie attachée à l'action de dol, ou la rigueur d'une condamnation au quadruple qui était la conséquence de l'action *quod metus*.

Les notions générales et le but des actions arbitraires étant connus, nous allons rechercher quelles actions présentaient le caractère arbitraire. Dans un troisième

Digitized by Google

chapitre consacré à l'*arbitrium*, nous étudierons les satisfactions que le juge pouvait imposer au défendeur. Nous parlerons ensuite du *jussus judicis* et des voies de contrainte organisées pour lui assurer l'obéissance du défendeur. Enfin, nous verrons ce que devinrent les actions arbitraires sous Justinien, et ce qu'il fallait entendre par la règle *omnia judicia sunt absolutoria*. Dans un dernier chapitre nous rechercherons quelles sont les actions dans notre droit qui présentent quelque analogie avec les actions arbitraires romaines.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

Quelles actions sont arbitraires?

« *Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur : in rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur; in personam, veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa, aut dolo malo factum est, item cum id quod certo loco promissum est petitur; ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quem ad modum actori satisfieri oporteat* » (*Institutes,* liv. IV, t. VI, § 31).

Les mots « *in his actionibus et ceteris similibus* » prouvent, à n'en pas douter, que l'énumération des actions arbitraires contenue dans ce paragraphe, n'est faite qu'à titre d'exemple et que Justinien n'a pas eu la pensée d'en dresser la liste complète.

Parmi les actions arbitraires les unes sont *in rem*, les autres *in personam*.

Digitized by Google

§ I. *Actions* IN REM *arbitraires.*

Justinien ne cite comme actions réelles arbitraires que trois actions prétoriennes; les actions publicienne, servienne, quasi servienne ou hypothécaire. Il n'en faut pas conclure que les actions prétoriennes aient seules été arbitraires. A l'époque classique, sauf la *querela inofficiosi testamenti,* qui ne pouvait être intentée que devant les centumvirs et *per sacramentum,* il est certain que toutes les actions réelles civiles étaient arbitraires, lorsqu'elles étaient exercées *per formulam petitoriam,* procédure la plus généralement employée. La forme arbitraire que revêtait la *formula petitoria* par l'insertion de la clause *nisi restituat* lui faisait même parfois donner le nom de *formula arbitraria* (1), qualification moins strictement rigoureuse puisqu'elle convenait également à certaines actions personnelles.

Nous trouvons dans les textes la preuve évidente du caractère arbitraire des actions réelles civiles.

Deux lois de Paul et d'Ulpien en font preuve pour la revendication : « *Nec rem arbitrabitur judex mihi restitui* » (loi 35, § 1, *De rei vindicatione,* liv. VI, t. 1), et plus loin : « *Qui restituere jussus, judici non paret.... : sive actiones in rem ex quibus arbitratu judicis quid restituitur* » (loi 68, *Ejusdem tituli*).

Pour la pétition d'hérédité, un texte de Gaïus met également la question hors de doute : « *Hoc solum offi-*

(1) « Modo per sponsionem agitur, modo per formulam petitoriam, quæ arbitraria vocatur. » Gaïus, IV, § 141.

Digitized by Google

cio judicis restituitur quod adversarius possidet » (loi 10, § 1, *De hereditatis petitione*, liv. V, t. III).

Enfin, le caractère arbitraire des actions confessoire et négatoire est formellement affirmé dans le texte suivant de Paul : « *Harum actionum eventus hic est, ut victori officio judicis aut res præstetur, aut cautio..... si caverit absolvetur, si vero neque rem præstat neque cautionem, tanti condemnet quanti actor in litem juraverit* » (loi 7, *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur* (liv. VIII, t. V).

Quant aux actions prétoriennes, dans l'opinion la plus généralement répandue et qui nous paraît la plus plausible, on admet que de tout temps elles furent arbitraires. Il est probable que la *formula petitoria* fut créée pour elles et que plus tard elle fut étendue aux actions civiles.

On a tiré de cette conjecture une explication du silence que les Institutes gardent sur les actions réelles civiles, dans le paragraphe 31, relatif aux actions arbitraires. Il était plus naturel, a-t-on dit, que le jurisconsulte dont Justinien s'est inspiré citât comme exemples les actions dont la *formula arbitria* était la forme nécessaire et unique, plutôt que les actions réelles civiles qui, lorsqu'elles étaient exercées par la procédure du *sacramentum* ou de la *sponsio*, ne pouvaient jamais être arbitraires (1).

D'autres auteurs ont proposé une seconde explication. Il est probable, disent-ils, que les commissaires de Justinien, en copiant le texte d'un jurisconsulte qui parlait des actions réelles prétoriennes et civiles, auront supprimé ces dernières qui devaient être désignées sous le

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 950, en note.

Digitized by Google

nom de *formula petitoria,* parce que cette désignation était tombée en désuétude de leur temps.

Les preuves indiscutables que nous possédons du caractère arbitraire des actions réelles civiles enlèvent tout intérêt à cette question.

§ II. *Actions personnelles arbitraires.*

Les actions personnelles arbitraires, par nature et dans tous les cas, sont moins nombreuses. A l'énumération que donne Justinien dans les Institutes, où il cite les actions *quod metus causa, de dolo, quod certo loco* et *ad exhibendum,* nous pouvons ajouter les actions *finium regundorum,* paulienne, favienne et calvisienne.

Une opinion assez répandue reconnaît également le caractère arbitraire aux actions noxales.

Enfin, il faut compléter cette liste en ajoutant deux classes d'actions qui peuvent être arbitraires, mais ne le sont pas nécessairement, ce sont : les actions délivrées à la suite d'interdits restitutoires et exhibitoires, et, au jugement d'un grand nombre d'auteurs, les actions de bonne foi, qui tendent à une restitution, à une délivrance.

Action QUOD METUS CAUSA. « *Hæc autem actio cùm arbitraria sit, habet reus licentiam, usque ad sententiam ab arbitrio datam, restitutionem, secundum quod supra diximus rei facere : quod si non fecerit jure meritoque quadrupli condemnationem patietur* » (loi 14, § 4, *Quod metus causa gestum erit,* liv. IV, t. II).

Le défendeur à l'action *quod metus causa* était menacé, s'il succombait, d'une condamnation au quadruple, ri-

Digitized by Google

gueur exceptionnelle justifiée par la gravité du dol qu'entraînaient les menaces ou les violences dont le demandeur avait été victime.

Pour permettre au défendeur d'échapper à cette condamnation rigoureuse, l'action *quod metus causa* reçut le caractère arbitraire : « *Satis clementer cum reo prætor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult pœnam evitare* » (loi 14, § 1, *Quod metus causa gestum erit,* liv. IV, t. II).

Grâce à ce caractère, le demandeur de son côté pouvait obtenir le rétablissement de l'état de choses antérieur.

La nécessité d'adoucir la condamnation au quadruple s'imposait d'autant plus, que l'action *quod metus causa* était *scripta in rem* et que, dès lors, elle pouvait frapper un tiers qui, innocent de la violence, avait pu de bonne foi bénéficier de l'acte fait *metu*. Le profit tiré de l'acte déterminé par la crainte suffisait, en effet, à exposer celui qui le réalisait à l'exercice de l'action *quod metus causa;* Ulpien le dit formellement : « *In hac actione non quæritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit; sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim : et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.... Nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari : quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur* » (loi 14, § 3, *Quod metus causa gestum erit,* liv. IV, tit. II).

Nous verrons en nous occupant de l'*arbitrium* du juge, quelle satisfaction le défendeur devait fournir pour être absous, dans le cas où il était l'auteur de la violence et dans le cas où il avait simplement bénéficié de l'acte fait sous l'empire de la crainte.

Action DE DOLO. La condamnation du défendeur pour-

Digitized by Google

suivi par l'action de dol, plus douce au point de vue pécuniaire que dans l'action *quod metus causa*, puisqu'elle se mesurait à l'intérêt du demandeur, avait cependant une rigueur inusitée : elle l'atteignait dans son honneur en le frappant d'infamie. Ici encore, le caractère arbitraire donné à l'action de dol fut une porte ouverte au défendeur pour échapper à l'infamie dont il était menacé, plutôt qu'une protection accordée aux intérêts du demandeur : « *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur : et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est* » (l. 18, princ. *De dolo malo*, liv. IV, t. III).

Action DE EO QUOD CERTO LOCO. Tout demandeur qui agissait par une action ayant une *intentio certa* devait veiller avec le plus grand soin à préciser exactement son droit. Si sa demande était exagérée *re, tempore, causa* ou *loco*, il y avait une *plus petitio* qui entraînait le rejet de ses conclusions et par suite l'extinction de son droit.

La *plus petitio loco* résultait d'une demande faite dans un lieu autre que celui fixé pour le paiement de l'obligation. Vous devez exécuter à Athènes une obligation dont vous êtes tenu envers moi, et je vous poursuis à Rome. Je nemanque pas aux règles de la procédure, mais je viole la loi du contrat, et alors même que son exécution serait moins rigoureuse pour vous à Rome qu'à Athènes, je commets une *plus petitio* qui ne permet pas au juge de faire droit à ma demande. Si l'on songe que, d'autre part, la présence du débiteur au lieu où il devait exécuter son contrat, était une condition indispensable pour le poursuivre, puisque la délivrance de la formule exigeait la présence et le consentement des parties, on voit combien le demandeur était désarmé

Digitized by Google

en face d'un débiteur de mauvaise foi. Il fallait donc trouver moyen de lui permettre d'atteindre efficacement son débiteur devant tous les *forums* compétents en tenant compte d'ailleurs de l'intérêt que celui-ci pouvait avoir à n'exécuter son obligation qu'en un lieu déterminé. Ce double résultat fut atteint par l'action arbitraire de *eo quod certo loco.*

L'action *de eo quod certo loco* était l'action même née du contrat ; action dont la formule subissait une modification. L'*intentio* contenait la mention du lieu où le paiement devait être fait (*commemoratio loci*) et on y ajoutait la clause *nisi restituat* qui rendait l'action arbitraire.

Grâce à ces deux éléments nouveaux, le demandeur échappait au danger de la *plus petitio loco* et l'intérêt du défendeur était suffisamment sauvegardé, car il évitait la condamnation, soit en promettant d'exécuter son obligation au lieu déterminé, soit en prouvant qu'il avait pris des mesures pour s'y libérer. « *Interdum judex, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est : quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda* » (loi 4, § 1, *De eo quod certo loco,* liv. XIII, t. IV).

Si le défendeur refusait de promettre, on ne pouvait pas faire la preuve des dispositions prises pour se libérer, le juge le condamnait, mais la plus grande latitude lui était laissée pour apprécier l'intérêt que l'une des parties pouvait avoir à faire, ou l'autre à recevoir, le paiement à l'endroit fixé. « *In summâ æquitatem ante oculos habere debet judex, qui huic actioni addictus est* » (loi 4, § 1, *ejusdem tit. in fine*).

Action AD EXHIBENDUM. L'action *ad exhibendum* tendait

Digitized by Google

à obtenir l'exhibition d'une chose pour rendre possible ultérieurement l'exercice d'une action directe (1).

Elle présentait, avec les actions réelles, la plus frappante analogie. Comme la revendication, l'action *ad exhibendum* était donnée contre ceux qui étaient en mesure de représenter la chose ou qui, par leur dol, avaient rendu cette représentation impossible, et comme elle, elle ne pouvait être exercée contre l'héritier du détenteur tenu seulement de son fait ou de son dol personnel. Enfin, de même que la revendication, l'action *ad exhibendum* était arbitraire. En déférant à la clause *nisi exhibeat,* le détenteur pouvait échapper à une condamnation immédiate, mais il restait soumis à l'exercice de l'action directe que l'exhibition rendait possible. S'il refusait d'obéir, il encourait une condamnation qui procurait au demandeur les mêmes avantages que s'il eût agi par la revendication et qui, dès lors, rendait inutile l'exercice de l'action directe. Dans tous les cas, où, par le dol du défendeur, la restitution de la chose était devenue impossible, l'action *ad exhibendum* suppléait la revendication.

Action FINIUM REGUNDORUM. Le caractère arbitraire de l'action *finium regundorum* ou action en bornage nous est affirmé par les Institutes : « *Contumaciæ quoque nomine, quisque eo judicio condemnatur veluti si quis, jubente judice, metiri agros passi non fuerit* » (liv. IV, t. XVII), et, par une loi de Paul : « *Sed si quis judici non pareat in succidenda arbore vel ædificio in fine posito deponendo, parteve ejus, condemnabitur* (loi 4, § 3, *Finium regundorum,* liv. X, t. I).

(1) Exhibere est facere in publico, ut ei qui agat experiundi sit copia » (loi 2, *ad exhibendum*, liv. X, t. IV).

Digitized by Google

Les parties peuvent être tenues dans l'action *finium regundorum* de deux sortes d'obligations, les unes créées par le juge en raison des adjudications qu'il prononce, les autres se rattachant au fait du voisinage. Justinien donne comme exemple une espèce où l'une des parties aurait commis un dol relativement aux limites, volé les pierres ou coupé les arbres qui servaient de bornes; tel serait encore le cas où le juge ordonnerait à l'un des plaideurs de laisser mesurer son fonds, d'arracher un arbre ou de démolir une construction. L'action *finium regundorum* étant arbitraire, la partie échappera à la condamnation qui sanctionne ces obligations diverses, en obéissant au *jussus* du juge.

Le rôle d'action réelle que cette action était d'ordinaire appelée à jouer (1) explique suffisamment le caractère arbitraire qui lui fut donné. On comprend aisément que le juge chargé de faire cesser la confusion des limites devait souvent, par la nature même des choses, être obligé de trancher un différend sur la question de propriété, comme l'eût fait le juge de la revendication.

Action paulienne. Les créanciers dont l'intérêt avait été lésé par une aliénation frauduleuse, qui diminuait le patrimoine de leur débiteur, gage de leurs créances, étaient armés contre cet acte frauduleux d'une double action paulienne, l'une réelle, l'autre personnelle.

L'action paulienne réelle étant une revendication utile à formule fictive accordée à la suite et en exécution d'une *restitutio in integrum*, nul doute qu'il faille lui reconnaître le caractère arbitraire.

Plusieurs textes d'Ulpien établissent également le ca-

(1) « Finium regundorum actio in personam licet, pro rei vindicatione est » (l. 1, *Finium regundorum*, liv. V, t. 1).

Digitized by Google

ractère arbitraire de l'action paulienne personnelle : « *Arbitrio judicis, non prius cogendus est rem restituere, quam si impensas necessarias consequatur* » (loi 10, § 20. *Quæ in fraudem creditorum*, liv. XLII, t. VIII), et plus loin, au paragraphe 22 de la même loi : « *Præterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes,* etc. »

L'action paulienne personnelle, applicable à tous les actes frauduleux du débiteur l'obligeait lui, les complices de sa fraude et tous ceux qui en avaient profité à titre gratuit, à réparer le préjudice dont souffraient les créanciers, en obéissant à l'*arbitrium*. Ils évitaient ainsi une condamnation et, d'autre part, les créanciers atteignaient sûrement leur but en obtenant l'anéantissement de l'acte frauduleux.

Action Favienne et Calvisienne. Ces deux actions poursuivaient un but analogue à celui de l'action paulienne. Le patron ayant été investi, par le préteur, d'un droit de succession dont la volonté de son affranchi ne pouvait le priver, il était naturel de l'armer contre tous les actes par lesquels celui-ci aurait frauduleusement tenté de diminuer ses droits, en s'appauvrissant lui-même. Rien qu'en établissant le dol de l'affranchi, alors même que le tiers qui avait traité avec lui eût été de bonne foi, le patron pouvait faire révoquer l'acte frauduleux, par l'action Favienne, s'il existait un testament, par l'action Calvisienne s'il était mort intestat. La bonne foi de l'affranchi ne protégeait même pas les aliénations qu'il avait faites par legs ou par donations *mortis causa*.

Un texte de Paul établit nettement que ces deux actions étaient arbitraires : « *In actione Faviana, si res non res-*

Digitized by Google

tituatur, tanti damnabitur, reus, quanti actor in litem juraverit » (l. 5, § 1. *Si quid in fraudem patroni factum sit,* liv. XXXVIII, t. v).

Actions noxales. Les actions noxales étaient des actions pénales, civiles ou prétoriennes données contre le maître à raison du délit de son esclave, pour l'obliger soit à réparer le dommage causé, soit à abandonner son esclave. Justinien en donnant la définition des actions arbitraires cite quelques-unes des satisfactions qui permettront au défendeur d'obtenir son absolution : « *Veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servem dedat.* » De l'insertion de cette dernière clause qui a trait assurément aux actions noxales, un certain nombre d'auteurs ont conclu d'une manière générale que toutes les actions étaient arbitraires. Nous croyons, avec la majorité des auteurs, qu'il y a là une inexactitude de Justinien, une confusion causée par certaines ressemblances. En effet, la clause *nisi ex noxali causa servum dedat* ne donne aux actions noxales aucun des caractères propres aux actions arbitraires.

Dans l'action arbitraire le juge reçoit le pouvoir de déterminer la satisfaction que le défendeur devra fournir pour se soustraire à la condamnation et si celui-ci n'obéit pas au *jussus* du juge il sera mis plus ou moins à la disposition de son adversaire. Enfin, la condamnation une fois prononcée, le défendeur n'est plus libre de satisfaire le demandeur en fournissant l'objet de l'*arbitrium.*

Nous ne trouvons pas ces caractères, qui sont de l'essence des actions arbitraires, dans les actions noxales. Sans doute, en délivrant la formule, le juge insère que le maître de l'esclave pourra être absous en faisant l'abandon noxal, mais cette faculté particulière offerte au

Digitized by Google

maître, il la tient de la nature même de l'action, car si le maître est obligé, il l'est *propter rem*, son obligation se limite donc à la valeur de l'esclave coupable, et en l'abandonnant il se délie de toute obligation. D'autre part, l'abandon noxal est laissé au libre arbitre du défendeur; si le juge lui donne l'ordre de le faire, cet ordre n'a que la valeur d'un avertissement qui, dès lors, n'est sanctionné ni par le *juramentum in litem*, ni par l'intervention de la *manus militaris*, double sanction attachée à la désobéissance du défendeur dans les actions arbitraires. Enfin, tandis que dans l'action arbitraire, l'obligation du défendeur est définitivement fixée par la condamnation prononcée contre lui, dans l'action noxale, le maître condamné peut encore se dérober à l'exécution de la condamnation en abandonnant son esclave. L'exercice de l'action *judicati* fera seul disparaître cette *facultas solutionis* (1). Comment soutenir encore, en présence de si profondes divergences, que les actions noxales sont nécessairement arbitraires?

Néanmoins, ces différences reconnues par les partisans du système adverse, ne leur semblent pas suffisantes pour infirmer l'autorité des Institutes. D'ailleurs, disent-ils, « l'abandon noxal doit être accompagné d'une *cautio* et il peut comprendre des accessoires, tels que les acquisitions faites par l'esclave depuis la *litis contestatio*. Or, ne faut-il pas, qu'avant de rendre sa sentence définitive, le juge règle la forme de ces *cautiones*, détermine ces accessoires, en un mot, fournisse au défendeur les éléments nécessaires pour apprécier le parti qu'il lui conviendra de prendre? Cela est d'autant plus néces-

(1) Loi 20, § 5, *De hereditatis petitione*, liv. V, t. III.

Digitized by Google

saire que la condamnation aggrave à plusieurs égards la condition du défendeur (1). »

On invoque encore en faveur de ce système un texte de Paul qui, parlant de l'action *legis Aquiliæ* donnée noxalement, dit : « *Arbitrio judicis absolvi eum oportet* » (loi 19 princ., *De noxalibus actionibus*, liv. IX, t. IV). L'action *legis Aquiliæ*, qui n'est certainement pas arbitraire lorsquelle est exercée directement, semble, d'après ces mots, le devenir lorsqu'elle est noxale : on en conclut que le caractère arbitraire est attaché à toute action noxale. Cette conséquence ne s'impose pas. Le texte dit bien que le maître sera absous, s'il a fait l'abandon noxal avant la sentence, mais il ne dit pas pour cela qu'elle soit arbitraire.

Entre ces deux opinions, l'une qui dénie, l'autre qui reconnaît aux actions noxales le caractère arbitraire, les auteurs allemands Savigny, Schrader, Zimmern ont prétendu proposer une explication intermédiaire.

D'après ces auteurs, l'action exercée *noxaliter* n'est arbitraire que si elle a ce caractère comme action directe, par exemple, les actions *de dolo* ou *quod metus causa*. Cette proposition est incontestable, mais elle rentre absolument dans l'opinion que nous avons soutenue. Il n'est douteux pour personne qu'une action arbitraire ne perd pas son caractère pour être exercée noxalement, toute la question est de savoir si une action qui n'est pas arbitraire par sa nature le devient en devenant noxale?

Actions de bonne foi. Les actions de bonne foi peuvent-elles être arbitraires? En étudiant les actions de bonne foi et les actions arbitraires, on est frappé de voir

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 118.

Digitized by Google

que Justinien donne comme signe caractéristique de ces deux classes d'actions, le pouvoir confié au juge de statuer *ex æquo et bono*. « *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui debeat* (1), » et plus loin, parlant des actions arbitraires : « *In his actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.* » De cette ressemblance entre les deux classes d'actions il ne faut pas conclure qu'il y ait identité entre elles, ni dire que l'action arbitraire est une action de bonne foi. Ce n'est pas dans un même but que le juge devra tenir compte de l'équité; tandis qu'elle est la base principale sur laquelle il s'appuiera pour fixer le montant de la condamnation du défendeur dans les actions de bonne foi; dans les actions arbitraires, il appréciera seulement *ex æquo et bono* la satisfaction qui doit être fournie au demandeur. Dans cette dernière classe d'actions, l'*intentio* s'apprécie selon les principes du droit pur, aussi voyons-nous qu'on ne pouvait y sous-entendre l'exception de dol. Deux textes de Papinien nous en fournissent la preuve. Parlant d'une revendication, action arbitraire, il remarque que le défendeur a dû faire insérer l'exception de dol, « *doli mali opposita exceptione* (2), » précaution inutile dans les actions de bonne foi.

La distinction et parfois même l'opposition que les jurisconsultes romains ont soin de faire entre ces deux classes d'actions, sont encore une preuve certaine qu'il n'y a entre elles aucune identité : « *In his quoque judiciis*

(1) Institutes, liv. IV, t. VI, § 30.

(2) Lois 48 et 65, *De rei vincatione*, liv. VI, t. I.

Digitized by Google

quæ non sunt arbitraria nec bonæ fidei (loi 3, § 1, *De usuris et fructibus*, liv. XXII, t. 1). »

Le principe qu'il n'y a pas identité entre les actions de bonne foi et les actions arbitraires étant admis, faut-il dire également que certaines actions de bonne foi ne peuvent pas être arbitraires? Plusieurs interprètes l'ont prétendu. Pour soutenir ce système, ils s'appuient sur l'économie des Institutes qui, après avoir étudié la division des actions en actions *stricti juris* et *bonæ fidei*, semblent passer à une classe entièrement distincte : « *Præterea quasdam.....* » Ils font encore remarquer que, parmi les exemples d'actions arbitraires données par Justinien, ne figure aucune action de bonne foi. Puchta est parmi ces interprètes. « La formule arbitraire, dit-il, ne pouvait pas trouver d'application dans les *bonæ fidei judicia*. Le juge, au moyen de l'adjonction des mots *ex fide bona*, étant déjà *arbiter*, avait tout le pouvoir, que lui aurait donné une formule arbitraire, d'absoudre le défendeur s'il satisfaisait au demandeur; la formule arbitraire était donc inutile. »

Le savant professeur, M. Labbé, enseigne que, dans les actions de bonne foi, le juge peut avoir quelquefois à prononcer un *arbitrium*, mais en n'admettant aucune sanction, *manus militaris* ou *juramentum in litem* il leur refuse le véritable caractère des actions arbitraires. Les actions de bonne foi, dit-il, ne renferment pas expressément dans leur formule le pouvoir pour le juge de déterminer la satisfaction que devra fournir le défendeur; mais toute action de bonne foi fonctionne comme une action arbitraire en raison de l'étendue des pouvoirs donnés au juge. Toutes les fois qu'il trouve équitable une satisfaction autre qu'une somme d'argent, statuant *ex æquo et*

Digitized by Google

bono, il peut la déterminer et inviter le défendeur à la fournir.

En faveur de cette thèse, M. Labbé fait remarquer que dans les actions arbitraires, l'injonction prononcée par le juge ne s'adresse jamais qu'au défendeur : la *contumacia* que l'on prévoit et dont on veut triompher, est toujours celle du *rei non restituentis vel non exhibentis*. Dans les actions de bonne foi, au contraire, plusieurs textes prouvent que le juge a le pouvoir d'adresser une injonction, tant au demandeur qu'au défendeur. Tel est le cas prévu aux Institutes (§ 3, liv. III, t. XXIII). Une chose vendue, mais non livrée, ayant été détruite par la faute d'un tiers, le vendeur, qui est encore propriétaire, a seul le droit d'exercer l'action de la loi *Aquilia*. Il est libéré de son obligation par cas fortuit, et reste créancier du prix. Lorsqu'il agira contre l'acheteur par l'action *venditi* (action essentiellement de bonne foi), le juge subordonnera la condamnation de l'acheteur à la condition que le vendeur lui cède les actions qu'il a contre les tiers. Quoique l'action ne soit certainement pas arbitraire, n'est-ce pas agir à l'endroit du demandeur, comme en vertu d'un *arbitrium?* Pourquoi un tel pouvoir, qui découle de l'*officium* du juge à l'égard du demandeur, ne serait-il pas admis comme découlant de la même source à l'égard du défendeur, avec le même caractère, c'est-à-dire, sans que l'action soit arbitraire, encore qu'elle en ait la manière et la marche?

Ce système, en n'admettant pas que les actions de bonne foi puissent être arbitraires, a l'inconvénient de les priver de la double sanction du *juramentum in litem* et de l'exécution forcée au *jussus*. L'intérêt du demandeur se trouve aussi moins protégé. Sans doute, le juge

Digitized by Google

avait des pouvoirs assez étendus pour arbitrer une satisfaction qui lui paraissait équitable : mais il n'y avait pas pour lui, comme dans les actions arbitraires, obligation de le faire, et à ce point de vue, le caractère arbitraire donné à une action de bonne foi présentait pour le créancier une incontestable utilité.

Nous admettons, avec la plupart des interprètes, qu'il n'y avait aucune incompatibilité entre l'obligation de juger *ex fide bona* et l'obligation de ne condamner qu'à défaut de restitution, et que, dès lors, toutes les actions de bonne foi, qui tendaient à obtenir une satisfaction, ne consistant pas en argent et que le défendeur pouvait fournir, étaient arbitraires.

Les preuves ne manquent pas à l'appui de ce système. Des textes relatifs aux actions *depositi, rei uxoriæ, præscriptis verbis, communi dividundo, negotiorum gestorum,* actions éminemment de bonne foi, en laissent voir le caractère arbitraire.

Dans la formule *in jus* de l'action *depositi,* formule que nous donne Gaïus, figure la clause *nisi restituat,* représentée par les lettres *N. R;* déchiffrées il y a quelques années dans le manuscrit de Vérone. D'autres textes, *depositi vel contra,* au Digeste, confirment ce témoignage : « ... *Condemnandum, si res non restituetur, pro qua parte hæres exstitit* » (loi 22, liv. XVI, t. III). « *Neratius scribit, si res sine dolo malo amissa sit et post judicium acceptum recuperaretur, nihilominus recte ad restitutionem reum compelli, nec debere absolvi nisi restituat* » et plus loin : « *Condemnandum te nisi restituas* » (loi 1, § 21, *Depositi vel contra,* liv. XVI, t. III).

Dans la formule *in factum* de la même action, le caractère arbitraire ressort également. Voici l'exemple que

Digitized by Google

nous en donne Gaïus : « *Si paret... mensam argenteam redditam non esse, quanti ea res erit tantam pecuniam judex condemnato, si non paret absolvito* » (Gaïus, c. IV, § 47).

Un texte de Julien établit avec non moins de netteté que l'action *rei uxoriæ* était arbitraire. Une femme apporte en dot un fonds, au profit duquel existait une servitude sur les propriétés du mari. La confusion éteint cette servitude; comment restituera-t-on le fonds avec ses qualités à la dissolution du mariage? « *Officio de dote judicantis continebitur ut redintegrata servitute jubeat fundum mulieri vel heredi ejus reddi* » (loi 7, § 1, *De fundo dotali*, liv. XXIII, t. v).

L'action *prescriptis verbis* est également arbitraire; un texte de Papinien nous en fournit la preuve : « *Ob causam datam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur : itaque judicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa præstabitur, aut condemnatio sequetur* » (loi 9, *De prescriptis verbis*, liv. XIX, t. v).

L'exemple que nous citons paraîtrait peu concluant si on admettait, ce que semble dire Justinien, que cette action *prescriptis verbis* n'est de bonne foi que dans les deux cas d'*æstimatum* ou d'échange. Mais il n'en est pas ainsi, d'après de nombreux interprètes. Elle doit être de bonne foi dans toutes ses applications, car les contrats innommés qu'elle sanctionne sont toujours synallagmatiques; il est donc probable que Justinien a voulu seulement citer deux cas où cette action était plus fréquemment employée.

Enfin, Justinien, en rangeant parmi les actions de bonne foi la pétition d'hérédité, dont nous avons démontré le caractère arbitraire, nous fournit une preuve convaincante

Digitized by Google

qu'il n'était pas impossible de trouver, en même temps, ce double caractère dans une même action.

Toutes les actions que nous venons de citer comme arbitraires, tendant à une restitution ou à une exhibition, les interprètes, auxquels la réunion de ces deux caractères dans une même action semble probable, ont généralisé le principe, et ils pensent que toute action de bonne foi, ayant pour objet soit une restitution, soit une exhibition, soit une satisfaction autre que de l'argent, pouvait devenir arbitraire, par l'insertion de la clause *nisi restituat*. Ils en font l'application aux actions *commodati, locati, pigneratitia* et à l'action *venditi* lorsqu'elle était exercée pour faire triompher un pacte résolutoire joint à la vente.

M. de Savigny, qui partage l'opinion commune, refuse cependant à cette action *venditi* le caractère arbitraire. « On n'applique jamais, dit-il, un *arbitraria formula* aux actions résultant de contrats dont la fin est de créer un nouvel état de choses, action *venditi*. Le lien de dépendance qui existe entre le *jus jurandum in litem* et l'*arbitraria formula* est certain : si l'action *venditi* était arbitraire, il y aurait lieu au serment *in litem* et on ne l'a certainement pas (1). »

L'opinion de M. de Savigny est très juste et tout le monde pense avec lui que cette action n'est pas arbitraire lorsqu'elle tend au paiement du prix; mais le romaniste allemand ne se préoccupe pas de l'hypothèse où l'action *venditi* tend à la résolution du contrat. Dans cette hypothèse, puisque sa fin est de rétablir un ancien état de choses, rien ne s'oppose à ce qu'elle ait le caractère arbitraire.

(1) Savigny, *Système*, tom. V, p. 139 et 140.

Digitized by Google

La seconde classe d'actions, qui, n'étant pas arbitraires par nature, pouvaient le devenir dans certaines circonstances, comprend les actions délivrées à la suite des interdits restitutoires et exhibitoires.

Ces actions empruntaient les formes de procédure ordinaire; elles pouvaient être exercées, nous dit Gaïus, tantôt *cum pœnâ,* c'est-à-dire *per sponsionem,* tantôt *sine pœnâ,* c'est-à-dire *per formulam petitoriam : « Modo cum pœna agitur, modo sine pœna; cum pœna velut quum per sponsionem agitur : sine pœna, velut quum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur quæ arbitraria vocatur* (1). »

Seuls les interdits restitutoires ou exhibitoires pouvaient donner naissance à une action arbitraire. Pour l'obtenir le défendeur devait *in jure* demander la nomination d'un *arbiter.* Passé ce délai, cette faveur lui était refusée et la procédure *per sponsionem* suivait son cours. « *Observare debet is qui volet arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex jure exeat, id est, antequam a prætore discedat; sero enim petentibus non indulgebitur* (2). »

Les interdits prohibitoires étaient ceux qui contenaient une défense, généralement révélée par les mots *vim fieri veto, veto,* ou *ne facias* contenus dans la formule, avant l'indication de l'acte prohibé. Si celui auquel la défense était adressée obéissait au magistrat, la difficulté était immédiatement terminée; si, au contraire, il n'en tenait pas compte, une action qui tendait à la réparation du dommage causé par sa désobéissance, véritable sanction

(1) Gaïus, c. IV, § 141.
(2) *Id., ib. id.,* § 164.

Digitized by Google

de l'interdit, était délivrée contre lui. On explique assez naturellement que la faveur de recourir à la procédure arbitraire n'ait pas été étendue à ces interdits, en remarquant que l'action donnée à la suite des interdits prohibitoires, tendant à la réparation d'un fait qui ne pouvait être effacé, ne se prêtait pas à une satisfaction en nature, et que dès lors la formule arbitraire eût été inutile.

Gaïus considérait comme une faveur « *indulgebitur* » le droit de faire substituer une *formula arbitraria* à la procédure *per sponsionem*. Selon lui, le défendeur seul pouvait obtenir cette faveur : c'était avec raison, car le demandeur doit être sûr de son droit avant d'agir, puisqu'il peut s'abstenir de le faire, tandis que le défendeur poursuivi malgré lui doit raisonnablement prendre toutes les précautions pour n'être pas condamné. « *Namque, si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quæ appellatur arbitraria : nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur; quod si nec restituat neque exhibeat quanti ea res est condemnatur. Sed actor quoque sine pœna experitur cum eo qui neque exhibere, neque restituere quicquam offert, præterquam si calumniæ judicium ei oppositum fuerit. Diversæ quidem scohlæ auctoribus placet prohibendum calumniæ judicio eum qui arbitrum postulaverit, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere, sed alio jure utemur et recte* » (Gaïus, IV, § 163).

Certains auteurs contestent que le défendeur seul ait été investi du droit d'écarter la procédure *per sponsionem* et d'y faire substituer une formule arbitraire; le demandeur, à leur avis, devait jouir du même privilège. Le texte de Gaïus, que nous venons de transcrire contient

Digitized by Google

cependant la preuve qu'il n'en était pas ainsi. En effet, nous voyons Gaïus combattre l'opinion des Proculiens, suivant lesquels le demandeur ne pouvait être poursuivi par un *judicium calumniæ,* dans le cas où il aurait échoué dans sa demande. « Le fait de demander un arbitre, disaient-ils, implique l'aveu qu'on est obligé de restituer ou d'exhiber. »

Nous tirons de la raison que faisaient valoir les Proculiens en faveur de leur thèse la preuve évidente de la vérité de notre assertion, car un aveu ne se comprend qu'à la charge de celui qui est poursuivi.

Primitivement la procédure *per sponsionem* devait seule être employée; le droit pour le défendeur de demander un arbitre fut probablement introduit avec la procédure formulaire. Il existait du temps de Cicéron (1).

Comme interdits restitutoires donnant lieu à une action arbitraire, nous citerons les interdits *quorum bonorum* donnés au *bonorum possessor* contre celui qui détient les choses héréditaires *pro herede* ou *pro possessore,* et l'interdit *unde vi* donné au possesseur d'un immeuble contre celui qui l'en a expulsé par la force.

Les interdits exhibitoires, sauf l'interdit *de homine libero exhibendo,* servaient de préliminaires à l'exercice d'une action ou d'un autre interdit. Il n'y en avait que quatre : *de tabulis exhibendis, de liberto exhibendo, de liberis exhibendis* et enfin *de homine libero exhibendo,* interdit spécialement destiné à protéger la liberté individuelle.

(1) *Cicero, Pro Tullio,* n° 12. « Ego ipse, tecto illo disturbato, si hodie postulem, quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condamneris, necesse est. »

Digitized by Google

CHAPITRE III.

De l'arbitrium judicis.

Nous avons dit que le juge saisi d'une action arbitraire, statuait par un premier jugement, appelé *pronunciatio*, sur le droit invoqué par le demandeur. S'il reconnaissait le bien fondé de la demande, son jugement était accompagné d'un *arbitrium* et d'un *jussus*. Par l'*arbitrium*, le juge déterminait la satisfaction que le défendeur devait fournir pour échapper à la condamnation.

Comment le juge déterminait-il cette satisfaction et en quoi pouvait-elle consister?

Les Institutes répondent à cette première question, que le juge doit fixer la satisfaction, en s'appuyant sur l'équité : « *In his actionibus permittitur judici ex æquo et bono æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat* » (liv. IV, t. VI, § 31). Nous avons dit déjà que ce pouvoir confié au juge n'assimile pas cette classe d'actions aux actions de bonne foi, puisque l'*intentio* des actions arbitraires continue toujours à être examinée d'après les principes du droit pur.

Digitized by Google

Quant à la satisfaction elle est nécessairement variable. Justinien nous dit qu'elle sera déterminée selon la nature de l'objet demandé : « *Secundum cujus que rei de qua actum est naturam.* »

Les textes nous révèlent quatre formes que la satisfaction peut revêtir : restitution, exhibition, paiement, abandon noxal : « *Veluti vel rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat* » (Inst., liv. IV, t. VI, § 31).

Nous allons voir, en passant en revue ces quatre formes, quel pouvait être, dans les diverses actions arbitraires, le montant de la satisfaction arbitrée par le juge.

La clause la plus généralement employée pour donner à une action le caractère arbitraire était « *nisi restituat.* » Elle était commune aux actions réelles, aux actions personnelles et aux interdits restitutoires.

Le plus souvent la restitution consistait dans le rétablissement complet d'un état de droit ou de fait : « *Restituere videtur, qui in pristinum statum reducit; quod fit, sive quis tollit id quod factum est; vel reponat quod sublatum est,* etc... » (loi 2, § 43, *Ne quid in loco publico vel itinere fiat;* liv. XLIII, tit. VIII). « *Restituit non tantum qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem, conditionemque reddita causa præstet, et tota restitutio juris est interpretatio* » (loi 246, § 1, *De verborum significatione,* liv. L, t. XVI).

D'une manière générale on peut dire que la restitution arbitrée par le juge comprenait la chose elle-même et la *causa.* Mais pour bien connaître l'objet et mesurer l'étendue des restitutions, nous devons examiner successivement les actions qui contiennent la clause « *nisi restituat.* »

Dans la revendication, le défendeur doit remettre ma-

Digitized by Google

tériellement la chose revendiquée aux mains du demandeur. De plus, si, *pendente judicio,* il a acquis la propriété par l'usucapion, il est tenu à un transport de propriété. Cette remise matérielle et ce transport seront accompagnés d'une *cautio de dolo et culpa,* qui assurera au demandeur la réparation du dol et de la faute du défendeur dans le cas où la chose aurait subi des altérations cachées, ou aurait été grevée de droits réels.

La *causa* que le défendeur doit également restituer, comprend les fruits (perçus ou non), les produits de la chose et les acquisitions qui s'y rattachent, ainsi que les bénéfices que le défendeur était à même de réaliser; en un mot tous les avantages que le demandeur eût retiré de la chose s'il avait eu satisfaction au moment de la *litis contestatio.* Si le défendeur est de mauvaise foi, il est responsable de son *dolus præteritus* et il est tenu de ces mêmes restitutions à compter du jour de son entrée en possession. Il est possible que le défendeur de bonne foi ait aussi à faire quelques restitutions qui se rapportent à la période antérieure à la *litis contestatio.* Elles comprennent les produits non encore usucapés et dans le cas où il s'agit d'un esclave, les acquisitions qu'il a réalisées autrement que par ses *operæ* ou dont la *res possessoris* n'est pas la source.

Depuis Justinien, la *causa* comprend encore les fruits même perçus de bonne foi que le défendeur n'a pas consommés.

Dans l'action confessoire la satisfaction imposée au défendeur consiste généralement dans l'engagement de respecter et laisser faire les actes et les travaux que la servitude autorise, si elle est positive; à ne point faire ou

Digitized by Google

à détruire les travaux qu'elle interdit, si elle est négative. Le défendeur peut encore être tenu de faire revivre la servitude éteinte, *pendente judicio* par le non usage.

Dans l'action négatoire, le juge impose au défendeur la promesse de s'engager à respecter le droit de propriété du demandeur et à démolir les travaux construits sur le fonds déclaré libre.

La *causa* dans ces deux actions a une minime importance. Elle comprend les fruits si l'action confessoire a pour objet un usufruit, ou, en cas de servitude prédiale, la réparation du dommage que le demandeur a dû souffrir par la privation de son droit; encore faut-il supposer, pour qu'il y ait lieu à restitution de la *causa* dans les actions confessoire et négatoire, que le demandeur n'a pas la quasi-possession de son droit litigieux.

Le défendeur à la *petitio hereditatis* doit en premier lieu restituer l'universalité qui compose la succession. Quant aux accessoires acquis depuis la *litis contestatio* par le possesseur de bonne foi, la règle de la revendication lui est applicable, il les doit tous restituer. Le sénatus-consulte Juventien vint aggraver sa situation en l'obligeant à rendre en outre tout ce dont il s'est enrichi antérieurement à la *litis contestatio*. La situation du possesseur de mauvaise foi est la même que dans la revendication; il est tenu à restituer, outre la chose, tous les accessoires qu'il a acquis du premier jour de sa possession.

Le montant des restitutions imposées au défendeur dans l'action publicienne est encore le même que dans la revendication. Il doit remettre au demandeur la possession de la chose ainsi que tous les accessoires que, le trouble apporté à son usucapion l'a empêché d'acquérir, tout en tenant compte des distinctions que nous

Digitized by Google

avons indiquées entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

L'action *in rem* rescisoire est tantôt la revendication, tantôt la publicienne rendue, *rescissa usucapione*, à celui qui, dans certains cas déterminés, a perdu la propriété ou la possession de sa chose par une usucapion accomplie contre lui. Le juge appliquera donc, pour déterminer la satisfaction due par le défendeur, les règles de la revendication ou de la publicienne.

Dans l'action Paulienne, la satisfaction imposée au défendeur varie suivant qu'il est de mauvaise ou de bonne foi. Est-il de mauvaise foi, c'est-à-dire a-t-il participé en quelque manière à la fraude, il devra revenir sur l'acte attaqué, par exemple, retransférer la propriété, faire revivre l'obligation éteinte ou faire acceptilation de l'obligation contractée. Cette restitution s'étendra également à la *causa* et spécialement aux fruits et produits de la chose. Si, au contraire, le défendeur est de bonne foi, c'est-à-dire s'il a seulement profité de la fraude, la restitution qui lui est imposée se mesure à son enrichissement.

Mêmes satisfactions dans les actions Favienne et Calvitienne, toutes deux copiées sur l'action Paulienne.

La clause qui rend arbitraire l'action hypothécaire, donne au défendeur un double moyen d'échapper à la condamnation, en restituant ou en payant : « *aut restituat aut pecuniam solvat.* » Remarquons cependant que l'objet de cette action n'est pas alternatif, mais unique, elle tend au délaissement de la chose et le paiement n'est qu'une simple *facultas solutionis* offerte au détenteur du gage hypothécaire; aussi échappe-t-il à toute poursuite lorsque la chose hypothéquée a péri par cas fortuit ou

Digitized by Google

lorsqu'il en a, sans son dol, perdu la possession. La restitution doit comprendre la chose et les accessoires soumis à l'hypothèque; le paiement comprend le capital de la dette et les intérêts.

La satisfaction, à laquelle le juge subordonne l'absolution du défendeur dans l'action *finium regundorum*, consiste tantôt à laisser mesurer son fonds, tantôt à restituer une partie de terrain usurpé, tantôt encore dans certains faits qui doivent faciliter le bornage, comme arracher un arbre ou démolir une construction.

Dans les deux actions *de dolo* et *quod metus*, la satisfaction que le juge devait exiger du défendeur consistait dans la remise des choses en leur état antérieur, toutes les fois que le dol n'avait pas rendu cette remise impossible. C'était le plus grand nombre des cas. Si le dol ou la *metus* avait eu pour résultat un acte juridique, un acte contraire devait en détruire les effets : véritable *restitutio in integrum* émanant de la volonté de l'auteur même du dol; si le dol ou la *metus* avait causé un simple dommage matériel, le rétablissement des choses était imposé au défendeur. Mais il était possible que l'effet de l'acte juridique né du dol, ne pût être anéanti, comme un affranchissement ou une adition d'hérédité, ou encore que le résultat matériel du dol fût irréparable comme la mort de l'esclave stipulé. Dans ces diverses hypothèses le juge ordonnait au défendeur de fournir une somme d'argent.

Dans l'action *quod metus* le montant de la satisfaction variait d'étendue suivant que la poursuite était dirigée contre l'auteur même de la *metus* ou contre un tiers de bonne foi. La restitution imposée au tiers de bonne foi se mesurait et se limitait à son enrichissement, tandis que l'auteur de la violence devait une satisfaction égale au

Digitized by Google

préjudice qu'il avait causé : l'équité dictait cette différence de traitement.

La satisfaction, dans l'action *de eo quod certo loco* pouvait être tantôt une *cautio*, par laquelle le défendeur garantissait l'exécution littérale de son obligation, tantôt l'accomplissement même de son obligation diminuée ou augmentée selon que la différence de lieu lui était désavantageuse ou profitable.

Nous avons dit que les actions délivrées à la suite d'un interdit restitutoire ou exhibitoire, pouvaient être arbitraires. Lorsqu'elles l'étaient, Ulpien nous dit, que le défendeur devait restituer la chose et tous les accessoires, notamment les fruits à partir du jour de l'émission de l'interdit : « *In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro* » (loi 3, *De interdictis*, liv. XLIII, t. I). Cette règle générale comportait une exception. L'interdit *unde vi* procurait au demandeur une plus complète réparation du dommage que la dépossession pouvait lui avoir causé. Non-seulement, l'immeuble et les meubles qui s'y trouvaient devaient être restitués, mais avec eux, tous les fruits et autres accessoires. Le jour de la dépossession et non plus le jour de l'émission de l'interdit servait de point de départ pour cette restitution : « *Ex die, quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur : quamvis in cæteris interdictis ex quo edita sunt, non retro computantur. Idem est et in rebus mobilibus quæ ibi erant : nam et earum fructus computandi sunt ex quo quis vi dejectus est* » (loi 1, § 40, *De vi et de vi armata*, liv. LXIII, t. XVI).

Quoique plus particulièrement applicable aux satisfactions consistant en une restitution, nous voyons dans les textes la clause *nisi restituat* assez souvent employée

Digitized by Google

pour désigner le caractère arbitraire d'une action, sans tenir compte de la nature de la satisfaction et notamment aux lieu et place de *nisi exhibeat.*

La clause *nisi exhibeat* avait son emploi marqué dans l'action *ad exhibendum* et dans les actions délivrées à la suite d'un interdit exhibitoire. Le but de ces diverses actions étant d'obtenir l'exhibition d'une chose, le juge donnera au défendeur l'ordre d'exhiber. L'exhibition d'une chose ne consiste pas seulement dans la représentation matérielle de la chose, elle doit, pour être complète, procurer au demandeur la situation qu'il eût eu en obtenant satisfaction au moment même de la *litis contestatio,* et spécialement lui permettre d'exercer les actions qui lui appartenaient alors. C'est ainsi que le défendeur qui, pendant l'instance, a usucapé la chose dont on demande l'exhibition, devra consentir à la délivrance d'une action en revendication au profit du demandeur.

Nous avons dit que, suivant Justinien, le caractère arbitraire se traduisait quelquefois par l'insertion d'une quatrième clause : « *Nisi ex noxali causa servum dedat,* » et nous avons exposé la controverse que fait naître cette phrase des Institutes. Entre les deux systèmes opposés, l'un qui reconnaît à toutes les actions noxales le caractère arbitraire et l'autre qui enseigne que les actions noxales ne sont arbitraires que si elles ont par elles-mêmes ce caractère, étant exercées directement, nous avons pris parti pour la seconde opinion.

S'il est certain que la condamnation, dans une action arbitraire noxale, laissait au défendeur le choix entre payer ou *noxam dedere,* il est douteux que cette alternative fût contenue dans l'*arbitrium.* Cependant on peut

Digitized by Google

conjecturer avec Zimmern que le juge, dans son *arbitrium*, appréciait le dommage et ordonnait au défendeur de le réparer, s'il n'aimait pas mieux faire l'abandon noxal. Désobéissait-il, il était condamné toujours avec la faculté de se libérer en abandonnant l'esclave, auteur du délit.

M. Bonjean rejette cette conjecture comme inutile; il estime que l'alternative de payer ou d'abandonner ne devait figurer que dans la condamnation. Voici, d'après lui, comment les choses se passaient quand une action arbitraire, comme l'action *de dolo* ou *quod metus*, était donnée noxalement contre le maître de l'esclave auteur du dommage : « Le juge réglait d'abord *ex arbitrio* la satisfaction à fournir par le défendeur, par exemple, la restitution de la chose extorquée par la violence, puis, si le défendeur refusait de restituer, le juge le condamnait à payer au demandeur une somme d'argent égale à celle à laquelle eût été condamné l'auteur même du dommage, s'il eût été libre, mais avec faculté de se libérer en abandonnant au demandeur l'esclave noxal. »

Avant de passer à l'étude du *jussus judicis* et des conséquences qu'il entraîne, il faut remarquer que le juge ne devait et ne pouvait pas fixer d'*arbitrium* lorsque la restitution ou l'exhibition, primitivement possible, ne l'était plus au moment où la preuve de l'*intentio* était faite. A l'instant même, en effet, où une obligation prend naissance, son objet se détermine d'une manière irrévocable.

Paul dans la loi 18, § 1, *De dolo malo* (liv. IV, t. III), fait l'application de ce principe : « *Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est : quid enim si manifestum sit restitui non posse? veluti si servus dolo malo traditus, defunctus sit? ideoque protinus condem-*

Digitized by Google

nari debeat in id quod intersit actioris? » La tradition d'un esclave a été déterminée par son dol. L'auteur du dol actionné par sa victime est débiteur d'une restitution, qu'il devra faire pour être absous. Mais l'esclave est mort lorsque le juge reconnaît le droit du demandeur : y aura-t-il lieu à un *arbitrium?* Non, dit Paul, parce qu'il est manifeste que la restitution ne peut avoir lieu; le juge doit immédiatement passer à la condamnation qu'il fixera lui-même.

Cette décision a une conséquence d'une rigueur exceptionnelle pour le défendeur; l'action n'étant pas arbitraire, il ne pourra échapper à l'infamie. Si nous comparons cette espèce au cas où le résultat immédiat du dol a été la mort de l'esclave, cas où le défendeur était mis à même d'éviter l'infamie en en payant le prix, nous trouvons que la décision de Paul est plus logique qu'équitable.

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

Du jussus judicis.

Après avoir fixé, suivant la nature de l'action exercée, la restitution que devra faire le défendeur pour éviter la condamnation, le juge lui intime l'ordre de restituer. Du parti que le défendeur prendra sur ce *jussus*, de la manière dont il l'exécutera, découlent des conséquences qu'il importe d'étudier.

S'il exécute complètement et immédiatement l'ordre qu'il reçoit, il obtiendra son absolution. Une exécution partielle le laisserait exposé à une condamnation partielle. Il est possible, en effet, que le défendeur restitue seulement la chose principale, ou avec elle une partie des accessoires existant encore en nature, mais que, faute d'argent, il ne restitue pas les prestations pécuniaires que le juge aurait arbitrées pour lui tenir compte des accessoires disparus. La condamnation, dans ce cas, sera restreinte à cette partie de la satisfaction que le défendeur n'aura pas pu fournir.

Digitized by Google

Une cause matérielle, comme l'éloignement de la chose, l'absence d'une personne qui détient l'objet dont l'exhibition est demandée ou la fuite de l'esclave revendiqué, pouvait s'opposer à l'exécution immédiate de l'ordre du juge. Si le juge trouvait exacte ou jugeait plausible l'allégation du défendeur, il pouvait soit différer son jugement, soit accorder un délai pour la restitution. La promesse de restituer à l'expiration de ce délai, exigée du débiteur, devait être garantie par une caution généralement accompagnée d'une *stipulatio pœnæ*. « *Si possessor neget in præsenti se restituere posse, et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est non restituisset. Quod si neget is cùm quo ad exhibendum actum est, in præsenti exhibere se posse, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet ut tamen caveat se restiturum* » (Inst., liv. IV, t. XVII, p. 2 et 3, *De officio judicis*).

Les mêmes décisions sont encore données par les textes loi 6, § 2, *De confessis*, liv. XLII, t. II; loi 27, § 4, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. I; loi 16, § 3, *De pignoribus et hypothecis*, liv. XX, t. I; lois 5, §§ 6 et 12, § 5, *Ad exhibendum*, liv. LX, t. IV).

Une seconde hypothèse est également possible; le défendeur ne fournit pas la satisfaction que lui imposait le *jussus* du juge, soit parce qu'il ne le peut pas, soit parce qu'il ne le veut pas.

La condamnation est certaine s'il ne peut pas restituer, mais elle variera suivant les causes qui l'ont mis dans l'impossibilité d'obéir : aussi ces causes doivent-elles fixer quelques instants notre attention.

Digitized by Google

Le défendeur pouvait être dans l'impossibilité de restituer 1° sans son dol et sans sa faute, 2° par sa faute, 3° par son dol.

La condamnation du défendeur, lorsque sans son dol et sans sa faute il ne pouvait fournir la satisfaction, comprenait, tantôt seulement les accessoires de la chose, tantôt ses accessoires et la valeur de la chose elle-même. Si, n'ayant aucune raison de douter de la légitimité de son droit, il avait agi comme un bon et sage père de famille, en n'acquiesçant pas à la demande, il ne devait que les accessoires. Au contraire, la condamnation comprenait également la valeur de la chose lorsqu'il avait eu de justes raisons de croire bien fondée la demande dirigée contre lui; on l'assimilait alors à un débiteur en demeure, sur lequel pèsent tous les risques. Deux textes du Digeste, les lois 40 pr., *De hereditatis petitione,* liv. V, t. III; et 15, § 3, *De rei vindicatione,* liv. VI, t. I, nous montrent que cette question, agitée parmi les jurisconsultes, fut résolue en ce sens.

Le défendeur de bonne foi était absous lorsqu'aucune *causa* ne motivait une condamnation. Dans le cas où il était absous, comme aussi lorsqu'il n'était condamné qu'à la valeur des accessoires, il était tenu de prendre l'engagement de restituer la chose s'il venait un jour à la recouvrer, ou du moins de céder ses actions. Dans la revendication d'un esclave, cette *cautio* prenait le nom particulier de *cautio de persequendo servo, restituendove pretio.*

Si c'est de la faute du défendeur que résulte l'impossibilité d'une restitution, sa condamnation se mesure à l'intérêt du demandeur : « *Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res*

Digitized by Google

est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est » (loi 68, *De rei vindicatione*, liv. VI, t. I).

Le juge était seul chargé de fixer le *quantum* de la condamnation dans l'hypothèse où l'impossibilité de restituer était la conséquence de la faute et non du dol du défendeur. A plus forte raison, en était-il de même dans le cas où elle ne résultait ni de son dol, ni de sa faute. « *Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum, constat : sed æstimationem a judice faciendam.* » — « *Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam : hæc enim judex æstimat* » (loi 4, § 4, et loi 5, § 3, *De in litem jurando*, liv. XII, t. III).

Enfin le dol du défendeur pouvait être la seule cause de l'impossibilité où il était d'opérer la restitution arbitrée par le juge. Cette situation est, à coup sûr, la plus intéressante à étudier, en raison de la conséquence particulièrement grave qu'elle entraînait pour le défendeur : il était livré à la discrétion de son adversaire qui fixait, par un *juramentum in litem*, le montant de sa condamnation. Disons immédiatement que cette rigoureuse menace pesait également sur la tête du défendeur *contumax*, c'est-à-dire de celui qui, en mesure de satisfaire à l'*arbitrium* du juge, refusait d'y obéir. « *Interdum quod insersit agentis, solum æstimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur : cum vero dolus, aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor* » (loi 2, § 1, *De in litem jurando*, liv. XII, t. III). Tout ce que nous allons dire du *juramentum in litem* s'applique donc également au défendeur qui refuse et à celui qui, par son dol, ne peut restituer.

Le *juramentum in litem* était la faculté accordée au

Digitized by Google

demandeur de fixer lui-même le *quantum* de la condamnation de son adversaire, sous serment de ne pas l'exagérer. Cette faveur, pour le demandeur, constituait assurément un danger sérieux pour le défendeur, mis ainsi à sa discrétion. En effet, en dépit du serment de s'abstenir de toute exagération, il était à prévoir que, soit illusion sur la valeur de son droit, soit désir de s'enrichir et défaut de scrupule, l'estimation ainsi faite dépasserait toujours le *quod interest.* Ulpien nous dit que cette exagération était habituelle : « *Crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per jusjurandum in litem;* » et plus loin : « *Non res pluris fit per hoc, sed ex contumacia æstimatur ultra rei pretium* » (loi 1, *De in litem jurando,* liv. XII, t. III). On pouvait espérer triompher par cette menace de la résistance du défendeur qui était encore à même de restituer, et s'il persistait dans son refus, ou s'était mis par son dol dans l'impossibilité de restituer, cette exagération était une juste peine dont il ne devait accuser que lui seul. Certains textes, qui qualifient formellement de *pœna* le *jusjurandum in litem,* nous prouvent que l'intention des jurisconsultes était bien de frapper le défendeur de mauvaise foi (loi 60, § 1, *Ad legem Falcidiam,* liv. XXXV, t. II; et loi 73, *De fidejussoribus et mandatoribus,* liv. XLVI, t. I).

Il semble résulter des textes que le demandeur, ne relevant que de sa conscience, pouvait fixer d'une manière illimitée, sans *taxatio,* la somme à laquelle il prétendait avoir droit : « *Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est* » (loi 68, *De rei vindicatione,* liv. VI, t. I). Ulpien étend cette décision, à la fin de ce texte, à

Digitized by Google

toutes les actions tant réelles que personnelles; sans faire aucune distinction. Il y a là évidemment une erreur qui ne doit pas lui être imputable et qui donne à penser que son texte a été interpolé. Nous allons voir, en effet, que dans certaines actions personnelles comme les actions *de dolo* ou *quod metus,* le juge fixe une *taxatio* ou maximum que le demandeur ne peut jamais dépasser. Mais pour les actions réelles, on admet généralement que le *jusjurandum* pouvait être *in infinitum.* A l'appui de cette opinion, on fait remarquer que là où le *jusjurandum* comportait une *taxatio* le juge était libre de faire lui-même l'estimation du litige ou de réduire celle du demandeur, double faculté qui ne lui appartenait certainement pas dans les actions réelles (1) (loi 46, *De rei vindicatione,* liv. VI, t. I, et loi 2, § 1, *De in litem jurando,* liv. XII, t. III).

Cette liberté illimitée dut être restreinte. Une loi de Marcien nous prouve que même pour les actions réelles on finit par admettre la nécessité d'imposer une limite aux prétentions du demandeur, en fixant une *taxatio :* « *In actionibus in rem et in ad exhibendum, et in bonæ fidei judiciis in litem juratur; sed judex potest præfinire certam summam, usque ad quam juretur* » (loi 5 pr. et § 1, *De in litem jurando,* liv. XII, tit. III).

Il est certain que pour les actions personnelles, de tout temps le juge put fixer un maximum. La preuve en est écrite dans de nombreux textes.

Pour l'action *ad exhibendum,* Ulpien nous dit : « *In hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari possit ei, judice quantita-*

(1) Accarias, tom. II, p. 1377.

Digitized by Google

tem taxante » (loi 3, § 2, *Ad exhibendum*, liv. X, tit. IV). Et ailleurs pour les actions de bonne foi : « *An igitur, qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem jurijurando adjicere, quæritur? Arbitrio tamen bonæ fidei judicis etiam hoc congruit* » (loi 4, § 2, *in fine De in litem jurando*, liv. XII, tit. III).

Paul n'est pas moins affirmatif pour les deux actions *de dolo* et *quod metus* : « *Sed officio judicis debet in utraque actione, taxatione jusjurandum refrenari* » (loi 18 prin. *in fine*, *De dolo malo*, liv. IV, t. III).

Enfin nous trouvons pour l'interdit *unde vi* : « *Taxatione a judice facta* » (Code, loi 9, *Unde vi*, liv. VIII, tit. IV).

Nous avons dit incidemment que dans le cas où le *jusjurandum* comportait une *taxatio*, le juge pouvait ne pas s'en rapporter à l'estimation du demandeur, et la faire lui-même : ajoutons que le demandeur avait le droit de renoncer à fixer la condamnation que le juge déterminait alors directement.

La loi 4, § 3, *De in litem jurando*, permettait même au juge de ne tenir aucun compte du *juramentum in litem* et d'absoudre le défendeur pour des causes très graves comme des preuves découvertes depuis la délation du serment : « *Ex magna causa et postea repertis probationibus.* »

C'était encore le juge qui fixait directement la condamnation lorsque le demandeur était hors d'état de prêter serment, comme un pupille *infans*.

En dehors de la contrainte morale que devait produire sur l'esprit du défendeur *contumax*, la menace du *juramentum in litem*, n'existait-il pas quelque autre moyen de triompher de sa résistance? La *contumacia* ne pouvait-elle être vaincue par l'emploi de la force?

Digitized by Google

L'examen de cette question présente un vif intérêt; nous l'étudierons tout d'abord dans l'hypothèse d'une action réelle, où la question a une véritable importance et nous verrons ensuite ce qu'il faut décider dans le cas d'actions personnelles et d'interdits.

Nous avons dit, en commençant, quels inconvénients présentait pour le demandeur le système des condamnations purement pécuniaires et nous avons remarqué que l'institution des actions arbitraires eut justement pour but de parer à ces principaux inconvénients, sans heurter de front l'ancien principe. Mais, à l'origine, le juge n'avait à son service que la menace d'une condamnation exagérée pour obliger le défendeur à obéir à son *jussus*, l'exécution forcée était encore ignorée. Les mots *nisi restituat* ou *nisi arbitratu judicis restituatur* indiquent suffisamment que la restitution, si elle n'était pas toujours spontanée, était certainement volontaire. D'ailleurs, il répugne à l'esprit de l'ancien droit romain de penser que les juges, simples citoyens, aient pu user de moyens coercitifs, les voies d'exécution étant une des attributions de l'*imperium* dont les magistrats étaient seuls investis. Enfin, jusqu'au IIIe siècle, les textes sont muets sur l'exécution forcée du *jussus* et au contraire indiquent nettement l'alternative pour le défendeur d'obéir au juge ou d'être condamné : « *Quum reus haberet possessionem, noluit eam restituere et ideo magno condamnatus est* » (loi 73, *De fidejussoribus et mandatoribus*, liv. XLVI, t. I).

Mêmes solutions dans les lois 9, § 1, *De furtis*, liv. XLVII, t. II, et II, § 1, *De in litem jurando*, liv. XII, t. III, et dans le quatrième commentaire de Gaïus, I, § 89.

Le véritable progrès réalisé par les actions arbitraires

Digitized by Google

était incomplet : outre le danger que faisait peser sur le demandeur la mauvaise foi persistante du débiteur qui pouvait toujours se soustraire à la restitution, il courait toujours le risque de voir la condamnation qu'il obtenait partagée entre tous les créanciers de son adversaire insolvable. Le droit classique, frappé de ce danger, fit un second pas en admettant l'exécution forcée du *jussus*, toutes les fois que l'emploi de la force était possible pour triompher de la résistance du défendeur. Nous trouvons ce nouveau progrès signalé dans un texte d'Ulpien : « *Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur; et fructuum duntaxat, omnisque causæ nomine condemnatio fit* » (loi 68, *De rei vindicatione,* liv. VI, t. 1).

Dans cette première partie de son texte, Ulpien nous enseigne qu'il rentre dans l'office du juge de faire enlever au défendeur, par l'emploi de la force, la chose qu'il possède et qu'il refuse de restituer, malgré l'ordre qu'il en a reçu, prétendant qu'il ne le peut pas faire. Il est bien évident que l'emploi de la *manus* ne peut triompher que d'un obstacle matériel et qu'elle ne saurait vaincre une résistance morale ni déplacer un droit ; par conséquent, en prenant l'hypothèse d'une revendication, signalée par Ulpien, comme un transport de propriété nécessite le consentement du propriétaire, si le défendeur avait usucapé pendant l'instance la chose litigieuse, l'emploi de la force serait impuissant à rendre au demandeur la propriété qu'il a perdue. Mais elle serait utilement employée pour le remettre en possession matérielle de sa chose et lui permettre de l'usucaper à son tour.

Ulpien ajoute que la condamnation se restreint aux

Digitized by Google

fruits et à la *causa* : il va de soi, qu'il s'agit là de fruits qui n'existent plus en nature, autrement l'exécution forcée se fût appliquée à eux comme à la chose même.

Cette théorie de l'emploi de la *manus militaris,* mise au service du demandeur pour faire triompher l'ordre du juge, nous paraît singulièrement forte par le texte qui lui sert de base et vraisemblable par les progrès qu'elle réalisait. Néanmoins elle ne satisfait pas tous les auteurs. Elle a le tort aux yeux de quelques-uns de n'être échaffaudée que sur un document unique et d'être incompatible avec un des éléments essentiels des actions arbitraires. Suivant ces auteurs et particulièrement suivant M. de Savigny, le texte d'Ulpien aurait été interpolé par Tribonien et ses collègues. La preuve de ce remaniement résulte, disent-ils, de ce que dans toute action arbitraire il y a lieu au *juramentum in litem* contre le défendeur récalcitrant; or, avec la supposition d'une exécution forcée, on ne conçoit pas qu'il y ait jamais lieu à ce serment *ob contumaciam* (1).

A l'hypothèse d'un remaniement on oppose deux arguments. Si le texte devait être attribué à Justinien ou à ses collaborateurs, les mots *manu militari* n'y figureraient certainement pas, car une constitution de Théodose le jeune, de l'année 393, défendait de mettre la force militaire proprement dite au service d'intérêts particuliers (Code, loi 1, *De officio militarium judicum,* liv. I, t. XLVI). « *Nunquam omnino in negotiis privatorum vel tuitio militaris vel executio tribuatur.* » Au contraire, un autre texte d'Ulpien contient la même expression : « *Nonnunquam etiam per manum militarem* » (loi 3 princ., *Ne vis*

(1) Savigny, *Syst.*, t. V, p. 221, note d.

Digitized by Google

flat ei qui in possessionem, liv. XLIII, t. IV). En second lieu sous Justinien, à l'époque de la procédure extraordinaire, le système des condamnations purement pécuniaires avait disparu et le refus de satisfaire entraînait immédiatement une condamnation *ad ipsam rem :* dès lors Justinien n'eût pas fait dire au texte d'Ulpien que la condamnation se restreindrait aux accessoires de la chose et à la *causa,* il eût dit que le juge condamnerait à la chose, aux fruits et à la *causa.*

Quant à l'incompatibilité que M. de Savigny relève entre le *juramentum in litem* et la possibilité d'une exécution forcée, nous ferons remarquer qu'il était très naturel de laisser au demandeur le choix entre une condamnation dont il fixait lui-même les limites, ou la restitution de sa chose *manu militari;* que d'ailleurs, dans tous les cas où l'emploi de la force était inapplicable, c'est-à-dire toutes les fois que l'on se heurtait à un obstacle juridique, ou encore quand la restitution était impossible par suite du dol du défendeur, le *juramentum in litem* était le seul remède offert au demandeur et présentait par conséquent une grande utilité.

Suivant M. Demangeat, l'exécution forcée aurait été restreinte au seul cas, où, mensongèrement, le défendeur prétendait ne pouvoir restituer « *contendens se non posse restituere,* » dans toutes les autres hypothèses la seule issue du procès était la condamnation fixée par le serment du demandeur. Nous ne pouvons croire qu'Ulpien ait entendu distinguer entre celui qui prétend ne pouvoir restituer lorsqu'il le peut, et celui qui refuse carrément toute restitution. Comment admettre que le plus favorisé de ces deux plaideurs de mauvaise foi soit précisément le plus cynique? L'opposition que fait Ulpien porte entre

Digitized by Google

celui qui est réellement dans l'impossibilité d'obéir au *jussus* du juge et celui dont la volonté seule met obstacle à son exécution.

Deux autres textes viennent confirmer la doctrine d'Ulpien et démontrer l'authenticité de son texte. Dans le premier (loi 36 pr., *De donationibus inter virum et uxorem,* liv. XXIV, t. I), Paul nous dit que le mari donateur qui revendique la chose donnée et obtient, non une restitution, mais l'*æstimatio justo pretio,* doit garantir le possesseur de l'éviction. S'il doit garantir, c'est donc qu'il a consenti à abandonner la chose (ce qui suppose qu'il pouvait la reprendre). Macer est encore plus positif dans la loi 15, § 6, *Qui satis dare cogantur...*, liv. II, t. VIII. Il se demande si le possesseur d'un fonds, qui fait appel d'un jugement déclarant le demandeur propriétaire, continue de posséder jusqu'à la sentence d'appel? Oui, dit-il, mais le doute était possible, « *quod evinci ea possessio possit.* »

Contre la possibilité d'une exécution forcée, on a prétendu tirer argument d'un texte d'Ulpien qui propose l'espèce et la décision suivante (loi 3, § 2, *De rebus eorum qui sub tutela,* liv. XXVII, t. IX). Un tuteur revendique le fonds de son pupille et au lieu d'une restitution reçoit la *litis æstimatio :* on se demande si cette *litis æstimatio* emporte aliénation valable? La réponse affirmative paraît préférable à Ulpien parce que l'aliénation n'émane pas de l'initiative du tuteur. Dans cette espèce, dit-on, l'aliénation est déclarée valable, (malgré la défense du sénatus-consulte de Septime-Sévère,) parce qu'elle n'est pas volontaire de la part du tuteur; or, dire qu'elle n'est pas volontaire de sa part, c'est reconnaître qu'il n'aurait pas pu faire exécuter le *jussus manu militari.*

Digitized by Google

Cette argumentation a le tort de faire dire à Ulpien que l'aliénation n'était pas volontaire de la part du tuteur, ce qui est inexact. Ulpien dit seulement qu'elle n'émanait pas de son initiative, affirmation bien différente! et il légitime la vente, non pas parce qu'elle n'était pas volontaire de la part du tuteur, (elle l'était dans une certaine mesure,) mais parce qu'il n'en avait pas pris l'initiative.

Actions personnelles. — Ulpien, dans la loi 68, *De rei vindicatione*, qui autorise l'emploi de la force pour faire exécuter le *jussus*, nous fait connaître qu'il était également permis d'y recourir pour faire triompher la volonté du juge dans les actions personnelles arbitraires. « *Hæc sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt ex quibus arbitratu judicis quid restituetur, locum habet.* »

Il est certain que, par la nature même de l'action, l'exécution forcée du *jussus* était moins communément possible dans les actions personnelles que dans les actions réelles. En effet, l'emploi de la force ne se concevait pas dans tous les cas, très fréquents parmi les actions personnelles, où la satisfaction impliquait un acte de volonté du défendeur, comme une acceptilation ou une promesse. Elle pouvait être mise en œuvre seulement pour lever un obstacle matériel, comme transférer la possession d'une chose, la faire délaisser ou représenter; aussi est-il probable que l'emploi de la *manus militaris* fut appliquée d'abord aux actions réelles et plus tardivement aux actions personnelles.

Interdits. — Nous savons par Gaïus que tous les interdits aboutissaient à une condamnation pécuniaire. « *Quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur* (IV, § 2, 63). Les inconvénients de ce système que

Digitized by Google

nous avons indiqué à propos des actions réelles se reproduisant dans les interdits, on y porta remède en leur donnant d'abord le caractère arbitraire et plus tard en faisant exécuter le *jussus manu militari*. Le texte d'Ulpien (loi 68) fait foi, que de son temps, l'exécution forcée était passée dans la pratique de tous les interdits.

Digitized by Google

CHAPITRE V.

Des actions arbitraires sous Justinien.

Sous Justinien la procédure formulaire a disparu et avec elle un de ses principes caractéristiques, le système des condamnations purement pécuniaires. Elle a fait place à la procédure extraordinaire, sous laquelle le juge condamne à la chose même réclamée par le demandeur, non-seulement dans le cas d'une action réelle, mais même lorsque l'action est personnelle et a pour cause une obligation de faire. De plus, la condamnation, en règle générale, peut être exécutée par la force. Aussi semble-t-il étonnant au premier abord que les Institutes parlent encore d'actions arbitraires et serait-on tenté de croire qu'elles auraient dû cesser de vivre le jour où cessait le danger qu'elles avaient mission d'atténuer. Quelle pouvait être encore l'utilité d'un *arbitrium* et de l'ordre donné au défendeur de restituer, puisque la condamnation atteignait directement le même résultat? Ce n'est cependant ni pour mémoire, ni par inadvertance que Justinien en fait mention : elles présentaient encore de son temps des

Digitized by Google

avantages qui méritaient de les faire survivre au système qui leur avait donné naissance.

En premier lieu, pour les actions de dol et *quod metus causa* elles permettaient toujours au défendeur d'échapper, dans la première, à l'infamie, dans la seconde, à la condamnation au quadruple, en obéissant au *jussus* du juge.

D'autre part, la condamnation *ad rem ipsam* n'était pas susceptible d'exécution forcée, toutes les fois que cette exécution impliquait des violences matérielles sur la personne du débiteur, c'est-à-dire, dans tous les cas où il s'agissait d'obtenir de lui l'exécution d'une obligation qui supposait une intervention personnelle comme l'action de chanter, de peindre ou l'accomplissement d'un acte juridique.

L'*arbitrium* conservait dans ces diverses hypothèses toute son utilité : en déférant à l'ordre du juge, le défendeur évitait la condamnation : s'il refusait d'obéir, il encourait une condamnation pécuniaire.

Digitized by Google

CHAPITRE VI.

De la règle : « omnia judicia sunt absolutoria. »

« *Superest ut admoneamus, quod si, ante rem judicatam is cum quo actum est satisfaciat actori, officio judicis convenit cum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset ut damnari debeat; et hoc est quod ante vulgo dicebatur omnia judicia absolutoria esse* » (Inst., liv. IV, t. XII, § 2, *De perpetuis et temporalibus actionibus*).

Justinien, dans le chapitre qu'il consacre à la durée et à la transmissibilité des actions, nous avertit qu'il entrait dans l'office du juge d'absoudre le défendeur qui, avant le jugement, faisait droit à la prétention du demandeur.

Cette règle de droit qui se résume en ces quatre mots : « *omnia judicia sunt absolutoria,* » présente une frappante analogie avec l'économie des actions arbitraires : comme celle-ci elle proclame que le défendeur peut obtenir son absolution en satisfaisant, *pendente judicio,* aux prétentions du demandeur. Néanmoins, il ne faudrait

Digitized by Google

pas conclure que, du jour où elle fut admise, toutes les actions devinrent arbitraires. Tandis que l'absolution, en vertu de cette règle générale, résulte d'une satisfaction toute spontanée et entièrement conforme à la demande, dans les actions arbitraires, la satisfaction est un acte d'obéissance au *jussus* du juge qui en détermine, dans son *arbitrium*, la nature et le montant. *Arbitrium*, *jussus* et *juramentum in litem* sont trois éléments spéciaux des actions arbitraires que l'introduction de la règle générale qui nous occupe n'a pas eu pour effet d'étendre aux autres actions.

La règle « *omnia judicia sunt absolutoria* » fut primitivement admise sans difficulté dans les actions de bonne foi et arbitraires; elle était conforme à l'équité qui était la base des unes et au but poursuivi par les autres.

Au contraire, pour les actions qui ne rentraient dans aucune de ces deux classes, une vive controverse s'éleva entre les Sabiniens et les Proculiens; les premiers, voulant qu'une restitution emportât toujours absolution, les autres niant qu'une satisfaction volontaire pût faire obstacle à une condamnation. La doctrine Proculienne avait le mérite d'être conforme au principe d'après lequel, les événements qui eussent pu paralyser la poursuite avant la *litis contestatio* étaient sans effet depuis; aussi eut-elle des partisans (même dans les rangs des Sabiniens) jusqu'au IIIe siècle, comme nous l'attestent deux textes, l'un d'Ulpien (loi 23, § 3, *De condictione indebiti*, liv. XII, t. VI) et l'autre de Paul : « *Quod si jam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si ædifices* » (loi 84, *De verborum obligatione*, liv. XLV, t. I)

Néanmoins la doctrine Sabinienne prévalut, comme

Digitized by Google

plus conforme au bon sens. Les Institutes nous disent que, d'après elle, malgré l'effet extinctif de la *litis contestatio*, l'objet dû antérieurement demeure pour le défendeur *in facultate solutionis*.

Digitized by Google

CHAPITRE VII.

Les actions arbitraires et le droit français.

Il nous paraît intéressant de rechercher en quelques lignes les traces que les actions arbitraires ont pu laisser dans notre droit et d'examiner dans quelle mesure il s'est inspiré du système romain.

Au début de cette étude, nous avons dit quelle avait été la raison d'être des actions arbitraires et quels progrès elles avaient réalisés; nous avons vu, en terminant, que la procédure extraordinaire avait mis fin à leur principale utilité en adoptant le système plus équitable des condamnations *ad ipsam rem*, et en autorisant l'exécution forcée des jugements.

Notre droit a retenu ce dernier état de choses, et de nos jours, toute action tend à procurer au demandeur l'objet même de son droit : c'est dire qu'il ne saurait être question d'actions arbitraires, puisque le but qu'elles se proposaient est atteint sans détour dans notre législation.

Mais, même sous la procédure extraordinaire, les actions arbitraires présentaient encore, dans certains cas que nous avons indiqués, une utilité qui leur sauva la vie.

Digitized by Google

C'était dans les obligations de faire ou de ne pas faire, qui, exigeant le concours du défendeur, ne donnaient pas lieu à l'exécution *manu militari* du *jussus*. Dans ce cas on pouvait encore espérer triompher de la résistance du défendeur par la contrainte indirecte d'une forte condamnation. Une espèce analogue se présente dans notre droit.

Il est bien évident que pour toutes les obligations de faire, qui ne peuvent être accomplies que par le débiteur, comme la promesse d'un peintre de faire un tableau, d'un acteur de chanter dans un concert, d'un architecte de dresser un plan, etc., on ne peut obtenir, par une contrainte exercée sur la personne du débiteur, une exécution effective.

Pour toutes ces sortes d'obligations qui dépendent essentiellement de la volonté du débiteur, le Code civil, dans l'article **1142**, décide que la non-exécution se résout en dommages-intérêts.

On admet assez généralement que ces dommages intérêts doivent être seulement l'exacte appréciation du préjudice souffert par le créancier; mais la jurisprudence prétend, d'une manière à peu près constante et à juste titre, à notre avis, en faire un moyen de contrainte contre la résistance du débiteur qui ne veut pas s'exécuter.

La forme la plus habituelle de cette contrainte consiste après une condamnation *ad rem ipsam*, qui est un véritable *arbitrium*, à condamner le débiteur à des dommages-intérêts pour le passé et même pour l'avenir, en fixant une somme dont chaque jour de retard le rendra débiteur.

La jurisprudence applique ce moyen et au retard dans l'exécution et à l'inexécution elle-même.

Nous pouvons citer de nombreux arrêts en ce sens.

« Attendu que la fixation des dommages à tant par

Digitized by Google

jour de retard, *n'est pas une exacte appréciation du préjudice souffert*, MAIS BIEN PLUTÔT UN MOYEN DE CONTRAINTE DESTINÉ A TRIOMPHER DE RÉSISTANCES OBSTINÉES ET INJUSTES..., etc. » (Cour de Montpellier, 1er avril 1862, Chemin de fer du Midi; Sirey, 1862, 2, 335).

« Considérant que la dame P... demande que, par suite du refus opposé par P..., son mari, à l'exécution d'une obligation qui lui a été imposée par l'arrêt de la Cour, le dit P... soit condamné à des dommages-intérêts à payer par chaque jour de retard; qu'il ne s'agit pas *de substituer à une obligation de faire des dommages-intérêts*, dans lesquels viendraient se résoudre cette obligation; mais *en maintenant dans son intégrité cette dite obligation, d'accorder des dommages-intérêts comme moyen d'obtenir l'exécution de la condamnation prononcée contre P...;*

» Considérant que la dame P... a droit d'obtenir, au refus de son mari d'exécuter l'arrêt du 1er mars, des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard et dans des proportions justes et raisonnables, qui *permettent d'espérer que la justice verra enfin céder la résistance fâcheuse apportée à sa décision...* » (Cour d'Angers, arrêt du 14 décembre 1855; Sirey, 1857, 1, 267).

La Cour suprême a ratifié par son verdict l'opinion de la Cour d'Angers, que nous venons de citer. Voici en quels termes :

« ... Attendu que, si la loi, au cas d'inexécution ou de retard n'autorise aucune voie de violence ou contrainte contre la personne, qui porte atteinte à sa liberté par la nécessité de faire ou d'agir, elle a accordé au créancier le moyen d'être préservé du préjudice résultant de l'inexécution ou du retard dans l'exécution, en donnant

Digitized by Google

au juge la faculté d'apprécier en argent l'importance de ce préjudice; — Qu'on ne saurait prétendre avec raison, que la volonté persistante du débiteur de ne pas satisfaire à ses obligations, puisse lui servir de protection contre l'application des articles cités, puisque, dans ce cas, cette résistance devient un tort plus grave et qu'*il importe de prononcer pour la vaincre, une condamnation en proportion avec les intérêts engagés,* proportion qu'il appartient au juge du fait d'apprécier souverainement; — Qu'ainsi l'arrêt attaqué *loin de violer l'article* 1142, *n'a fait que se conformer aux principes de la matière dans la condamnation prononcée contre le demandeur, dont il est libre d'arrêter les effets, en obéissant à ces prescriptions*» (Sirey, 1857, 1, 267).

La théorie qui ressort de ces arrêts, conforme à l'esprit du Code civil, présente une frappante analogie avec le système des actions arbitraires. Comme dans ces actions, après avoir fixé dans un *arbitrium* la satisfaction à fournir, le juge, dépourvu de tout moyen coercitif efficace, a le pouvoir de vaincre par une condamnation pécuniaire, la résistance du défendeur. Il est vrai toutefois que le demandeur n'est plus appelé à fixer par serment le montant de la condamnation.

Remarquons que les auteurs qui refusent aux dommages-intérêts le caractère comminatoire, dans le cas prévu par l'article 1142, le leur reconnaissent lorsque le débiteur condamné en vertu de l'article 1143 refuse de se soumettre (1).

Là se bornent, croyons-nous, les analogies entre notre droit et le système romain des actions arbitraires.

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. IV, p. 42, note 15.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT FRANÇAIS.

DES

CONFLITS D'ATTRIBUTIONS.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT FRANÇAIS.

DES

CONFLITS D'ATTRIBUTIONS.

CHAPITRE PREMIER.

Notions préliminaires et historiques.

Tout dissentiment entre deux autorités prend, dans le langage administratif, le nom de conflit.

Dans une acception plus étroite et plus stricte, le conflit est une lutte de compétence qui s'élève tantôt entre deux juridictions du même ordre, c'est le conflit de juridictions, tantôt entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, c'est le conflit d'attributions.

Le conflit de juridictions, dont nous n'avons pas à nous occuper dans cette étude, est un simple incident de procédure qui ne compromet aucun principe de droit public; aussi les parties dont l'intérêt est en jeu doivent elles-mêmes en provoquer la solution, en s'adressant au tri-

Digitized by Google

bunal hiérarchique supérieur dans la sphère administrative ou judiciaire. Un règlement de juges fait par ce tribunal vide définitivement ce conflit.

Lorsque le débat s'engage entre les deux autorités judiciaire et administrative, il y a conflit d'attributions; positif, lorsque pour connaître d'une même affaire, elles affirment toutes deux leur propre compétence; négatif, quand saisies d'une même contestation elles se déclarent incompétentes et refusent de statuer.

Dans le conflit positif d'attributions, un intérêt supérieur à l'intérêt privé qui fait l'objet du procès est mis en jeu. En effet, la part de compétence dévolue à chacun des deux ordres par l'organisation politique des pouvoirs est mise en question : il devient alors nécessaire qu'un tribunal supérieur aux deux autorités tranche le conflit en faisant respecter la délimitation imposée à chacune d'elles.

Le conflit a donc pour but d'assurer le fonctionnement régulier du principe de la séparation des pouvoirs et spécialement, nous le verrons, de garantir l'indépendance de l'autorité administrative à l'égard de l'autorité judiciaire.

Aussi, nous paraît-il nécessaire, avant d'aborder l'étude du conflit, de dire ce qu'il faut entendre par principe de la séparation des pouvoirs, d'exposer les raisons qui ont nécessité l'institution d'une juridiction administrative et d'indiquer sommairement le domaine de cette juridiction : domaine que l'institution du conflit est appelé à sauvegarder.

Après ces notions préliminaires, nous passerons rapidement en revue l'histoire des conflits.

Nous étudierons ensuite, dans un deuxième chapitre,

Digitized by Google

consacré au conflit positif : 1° Les matières qui peuvent donner lieu au conflit positif et les juridictions devant lesquelles il peut être élevé; 2° Quel est l'agent compétent pour élever le conflit; 3° A quelle phase de l'instance judiciaire le conflit peut être élevé; 4° La procédure à suivre devant le tribunal saisi de la contestation; 5° L'autorité compétente pour statuer sur le conflit et la procédure à suivre devant cette autorité; 6° La nature et les effets des décisions rendues sur conflits.

Dans notre troisième chapitre nous verrons : 1° les conditions de l'existence du conflit négatif et 2° le règlement de ce conflit.

Enfin nous indiquerons dans un dernier chapitre la procédure du conflit en Algérie et dans les colonies.

Montesquieu le premier proclama le principe de la séparation des pouvoirs. Après avoir montré que la réunion dans une même main des puissances législative et exécutrice peut mener à la tyrannie, il ajoutait : « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur (1). »

L'Assemblée constituante adopta cette division tripartite des pouvoirs et proclama sa nécessité dans la déclaration des droits de l'homme. « Toute société dans laquelle

(1) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. XI, ch. VI, *De la constitution de l'Angleterre.*

Digitized by Google

la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs organisée, n'a point de constitution » (art. 16). Presque toutes les dispositions qui formulent ce grand principe de notre droit moderne émanent d'elle. La Convention et le Directoire les ont simplement reproduites et confirmées.

Une première loi des 22 décembre 1789 et 8 janvier 1790, relative à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives, porte : « qu'elles ne pourront être troublées par aucun acte du pouvoir judiciaire » (art. 7, section III).

D'autres textes, la loi des 16-24 août 1790, la constitution du 3 septembre 1791 et enfin le décret de la Convention du 16 fructidor an III établissent plus nettement encore le principe de la séparation des pouvoirs.

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ou citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions » (loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, tit. II, art. 13). « Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions » (constitution du 3 septembre 1700, tit. III, ch. v, art. 3). « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelqu'espèce qu'ils soient, aux peines de droit » (Décret de la Convention nationale du 16 fructidor an III, article unique).

Divers motifs entraînèrent la Constituante à proclamer

Digitized by Google

le principe de la séparation des pouvoirs. Elle se rappelait que, dans les luttes engagées au XVIIIe siècle entre la royauté et les parlements, les torts n'avaient pas été ordinairement du côté de l'autorité royale et que les réformes les plus sages, notamment les édits proposés par Turgot, avaient été entravées par la résistance des corps judiciaires.

D'autre part la Constituante voulait engager le pouvoir exécutif dans la voie des réformes; or, pour atteindre ce but il était indispensable de laisser à l'administration sa liberté d'action sous le contrôle du pouvoir législatif.

Elle pensa, que pour assurer pleinement l'indépendance de l'autorité administrative il était nécessaire de soustraire à la compétence judiciaire toutes les contestations qui naîtraient de l'exécution des actes administratifs. Mais à qui en attribuer la connaissance? Deux partis s'offraient à elle : reconstituer les tribunaux administratifs de l'ancien régime, ou donner à l'administration elle-même la connaissance du contentieux administratif. Elle adopta ce dernier parti.

En conférant ainsi la connaissance des litiges administratifs aux municipalités, aux directoires de districts, de départements et aux ministres, la Constituante réunissait dans les mêmes mains la juridiction et l'action administratives. En l'an III, la délibération leur fut également confiée. Cette confusion dura jusqu'à la constitution de l'an VII; la législation consulaire y mit fin en faisant une part distincte à la juridiction qu'elle commença d'organiser. La création du Conseil d'État par la constitution du 22 frimaire an VIII, celle des Conseils de Préfecture par la loi du 28 pluviôse de la même année et l'institution de la Cour des comptes en 1807 réalisèrent une juridic-

Digitized by Google

tion administrative qui a survécu aux attaques passionnées dont elle a été maintes fois l'objet.

La nécessité d'une juridiction spéciale pour les questions administratives est aujourd'hui assez généralement reconnue. On sent le besoin, disent ses partisans, de voir ces matières si délicates, qui touchent par tant de points aux intérêts généraux, réglées par des hommes en contact habituel avec l'administration, pénétrés de son esprit et se dégageant dans une certaine mesure du point de vue de l'intérêt individuel et privé, qui préside plus particulièrement aux décisions judiciaires (1).

Citons encore les paroles de M. Vivien, défendant la justice administrative, en 1849, à la tribune de l'Assemblée constituante, contre les attaques qui y avaient été portées; jamais cette juridiction spéciale n'avait rencontré de plus chaleureux défenseur. « Dans l'opinion de la Commission, disait-il, le contentieux administratif ne saurait, en aucune façon, être soumis aux tribunaux ordinaires. Les lois et les contrats administratifs appartiennent à un ordre d'idées et d'intérêts complètement étrangers aux juridictions civiles; il faut, pour les appliquer, des connaissances pratiques, des études légales qu'on ne trouverait pas auprès de ces juridictions. Il y aurait danger pour l'administration à la soumettre à des juges qui ne sont pas initiés à ses nécessités, à ses usages, à ses besoins; qui, par devoir, se préoccupent presque exclusivement du droit privé et dont l'invasion, dans le domaine administratif, aurait bientôt détruit le principe tutélaire de la séparation des pouvoirs. La création de juridictions spéciales répondrait à une partie de

(1) M. de Larcy, rapport aux Chambres.

Digitized by Google

ces objections. Des juridictions spéciales pourraient être composées de manière à offrir les garanties de lumière et d'expériences nécessaires aux jugements des contestations administratives. Mais, placées en dehors de l'administration, elles seraient exposées à s'en séparer bientôt par l'esprit et les tendances que leur imprimerait l'habitude d'une juridiction indépendante; elles seraient tentées, à leur tour, d'absorber dans leur autorité celle du Gouvernement, et bientôt l'administration tout entière pourrait devenir leur subordonnée, pour ne pas dire leur vassale. »

Si nous souscrivons aux raisons que M. Vivien fait valoir pour établir la nécessité d'une juridiction spéciale, étrangère aux tribunaux de droit commun, à laquelle doit être attribuée la connaissance du contentieux administratif, nous faisons nos réserves sur plusieurs points de sa discussion et nous repoussons absolument la seconde partie de ses conclusions. Nous croyons qu'une juridiction indépendante, placée aux côtés de l'administration, mais en dehors d'elle, donnerait aux justiciables des garanties que l'administration, le plus souvent juge et partie, ne peut lui assurer. La crainte de voir ces tribunaux absorber l'autorité gouvernementale et administrative nous semble chimérique, et nous sommes persuadés, d'autre part, que l'intérêt général serait aussi scrupuleusement sauvegardé. Ne trouvons-nous pas, dans la bouche d'un des plus chauds partisans de la justice administrative, l'aveu que la Cour de cassation, dans sa sphère, protège l'intérêt public d'une manière bien plus efficace que ne le fait le Conseil d'État. « Nous avons entendu, dit M. Aucoc (1), des ingénieurs regretter la ju-

(1) *Conférences sur l'administration*, t. I, p. 395.

Digitized by Google

risprudence du Conseil d'État sur diverses questions relatives au service de la grande voirie, notamment à la servitude d'alignement. Ils faisaient remarquer que la Cour de cassation, dans l'application qu'elle fait en matière de petite voirie, des règlements antérieurs à 1789, est bien moins favorable que le Conseil d'État à la propriété privée et protège d'une manière bien plus efficace l'intérêt public. »

On ajoute encore, en faveur de la justice administrative, que devant elle la procédure est plus rapide, plus simple et moins onéreuse pour les parties que la procédure civile.

La nécessité d'une juridiction administrative, étant admise, examinons brièvement quel est le domaine propre de cette juridiction et dans quels cas elle peut être appelée à statuer.

Le contentieux administratif comprend d'une manière générale l'ensemble des contestations soumises aux tribunaux administratifs; mais nous allons voir qu'on désigne plus particulièrement sous ce nom une catégorie d'affaires, dans lesquelles ces tribunaux sont juges du fond.

La juridiction administrative peut être saisie dans trois conditions différentes :

1° Elle juge au fond les réclamations élevées contre un acte administratif qui lèse immédiatement un droit. Dans ce cas, elle peut substituer sa propre décision à celle qui est attaquée devant elle. C'est là le contentieux administratif proprement dit : il embrasse toutes les contestations et réclamations, sur lesquelles doit intervenir une décision au fond, quand elles mettent en présence l'intérêt public avec un droit individuel.

2° Elle est encore appelée à se prononcer sur le sens et

Digitized by Google

la portée d'actes administratifs, dans le cas où une interprétation est nécessaire pour la solution d'un litige soit administratif, soit judiciaire.

3° Enfin, elle est saisie d'un recours tendant à faire tomber un acte irrégulier. Elle joue alors le rôle de Cour de cassation et, comme cette Cour, elle ne peut substituer une décision à celle qu'elle frappe de nullité.

Il est à peu près impossible de donner une définition de l'ensemble des contestations qui sont exclusivement soumises à la juridiction administrative. Cette impossibilité tient à différentes causes. Le législateur n'a pas formulé de règle générale précisant les circonstances dans lesquelles un acte administratif donnerait naissance à un recours devant une juridiction administrative. D'autre part, en dehors des cas où le recours est ouvert par un texte législatif et la juridiction compétente expressément désignée, les principes ont conduit, dans beaucoup d'hypothèses, à faire reconnaître qu'une réclamation contentieuse était recevable. En sens inverse, certains actes de l'administration, qui certainement blessent un droit, n'ont pas paru de nature à être l'objet d'un recours juridique.

D'ailleurs, de ce qu'un recours est ouvert contre un acte administratif, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il doive être porté devant les tribunaux administratifs, l'autorité judiciaire est souvent compétente pour en connaître. Le législateur, en posant le principe de la séparation des pouvoirs et en organisant pour le mettre en œuvre, les juridictions administratives, s'est abstenu de fixer les bornes de la compétence des deux autorités. La juridiction administrative a vu, par une longue série de lois, son domaine étendu sur certains points et restreint sur d'autres.

Digitized by Google

Avant de passer à l'examen des conditions requises pour qu'un acte administratif donne ouverture à un recours contentieux, il faut préciser ce qu'on entend par acte administratif.

Un certain nombre d'actes avec lesquels il pourrait être confondu doivent dès d'abord être éliminés. Ce sont en premier lieu les actes de Gouvernement. Quoique confiée aux mêmes mains, l'autorité gouvernementale est cependant profondément distincte de l'autorité administrative. Le pouvoir exécutif fait l'œuvre gouvernementale en imprimant au pays une direction générale, en le guidant dans ses relations internationales, en veillant à la prospérité commune; son œuvre est complétée par l'administration qui, dans une sphère plus humble, assure la réalisation des détails. Subordonnée au Gouvernement, il est naturel que l'autorité administrative ne puisse en connaître les actes. Les actes gouvernementaux comprennent les faits de guerre, le droit de conférer et de reconnaître les titres de noblesse, les actes qui concernent les relations diplomatiques.

La seconde catégorie d'actes qui ne doivent pas être confondus avec les actes administratifs, sont les actes réglementaires. Le droit de faire des règlements, inhérent au pouvoir exécutif, est le complément indispensable de l'œuvre législative qu'il a mission d'achever et de parfaire. Le ressort des règlements comprend les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre, que l'intervention de la puissance qui constitue ou qui crée (1). Le pouvoir judiciaire connaît

(1) De Broglie, *Revue française*, 1828.

Digitized by Google

de ces règlements. Il était naturel et logique, que ceux-là qui se sont chargés d'interpréter et d'appliquer la loi, soient également compétents pour connaître des règlements qui en sont le complément et l'extension.

Les actes contractuels forment la troisième catégorie d'actes qu'il faut distinguer des actes administratifs proprement dits.

Les actes contractuels interviennent dans deux espèces bien différentes. Tantôt l'État propriétaire, fait, comme un simple particulier, un acte de gestion et tantôt l'État, puissance publique, agit comme représentant les intérêts généraux. Dans le premier cas, l'assimilation entre l'État et une personne privée est complète et les contestations que peut soulever l'administration de ses biens sont soumises aux règles de compétence de droit commun. Ce principe a toutefois subi quelques dérogations; la plus importante est celle introduite par la loi du 28 pluviôse an VIII sur les conseils de préfecture, qui attribue à la juridiction administrative la connaissance des litiges résultant des ventes par l'État de domaines nationaux.

Au contraire, l'État peut figurer dans un contrat comme puissance publique; tel est le cas où il poursuit l'exécution de travaux publics ou passe des marchés de fournitures. L'intérêt public étant en jeu dans ces contrats, les difficultés soulevées par leur exécution devraient être soumises à la juridiction administrative.

Cette théorie, exacte à notre avis, qui distingue l'État individu de l'État puissance publique et qui répartit, suivant cette distinction, les actes contractuels entre les deux autorités administrative et judiciaire, n'est pas admise par la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits. Suivant cette jurisprudence, l'autorité

Digitized by Google

judiciaire est seule compétente pour statuer sur les droits et obligations qui dérivent d'un contrat passé par l'administration, alors même que ce contrat a été passé en vue d'un service public. Suivant elle, la juridiction administrative ne peut être saisie de difficultés soulevées par l'exécution d'un contrat, que si un texte législatif lui en attribue formellement la compétence. C'est ainsi que les Conseils de préfecture sont exceptionnellement investis par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, du droit de trancher les contestations relatives aux marchés de travaux publics ou de fournitures passés pour le compte de l'État.

Les actes gouvernementaux, règlementaires et contractuels étant écartés, nous nous trouvons en présence de l'acte administratif proprement dit, acte individuel et spécial que l'administrateur fait dans l'exercice de ses fonctions.

Examinons dans quel cas cet acte pourra être déféré à une juridiction administrative.

Pour qu'un recours par la voie contentieuse soit ouvert contre un acte administratif, deux conditions sont nécessaires. Il faut : 1° que cet acte lèse un droit acquis et non simplement un intérêt, 2° que cette lésion soit immédiate.

Chargée de veiller à l'intérêt général et de satisfaire les intérêts collectifs de la nation, par l'organisation et la gestion des services publics et par des mesures de police, l'administration peut être obligée, dans l'exercice de son mandat, tantôt de froisser des intérêts particuliers, tantôt de blesser des droits acquis. La première hypothèse se présente, par exemple, lorsqu'un groupe de particuliers intéressés au tracé d'une ligne de chemin de fer, critique le projet de l'administration. Leur réclamation peut

Digitized by Google

légitimement se produire, mais elle doit être portée devant l'administration elle-même, pour tenter de la faire revenir sur sa décision, et non devant une juridiction, car s'il y a des intérêts compromis, il n'y a aucun droit lésé.

Lors, au contraire, qu'il existe un droit fondé sur une disposition de loi, un règlement ou un contrat et que ce droit est atteint par un acte administratif, un recours contentieux est ouvert contre cet acte. Ainsi, au cas où les services admissibles pour la pension de retraite ont été omis dans la liquidation qui a été faite au nom du retraité, il peut se plaindre de la violation d'un droit acquis et demander par la voie contentieuse l'annulation de l'ordonnance qui arrêtait cette liquidation.

Nous avons dit qu'il ne suffisait pas qu'il y eût lésion d'un droit, qu'il fallait encore que la lésion fût immédiate, qu'il y eût un préjudice actuel. La nécessité d'assurer le fonctionnement normal et régulier de la justice administrative et de prévenir les procès mal engagés, justifie pleinement cette deuxième condition. Les particuliers sont enclins à contester, comme de nature à porter atteinte à leurs droits, certains actes de l'administration qui n'ont pas par eux-mêmes cet effet.

Ce sont les actes préparatoires, comme des mises en demeure, des injonctions adressées à des particuliers, des instructions générales ou spéciales données par un agent supérieur à un subordonné. Nous citerons, comme exemple d'acte préparatoire, l'injonction adressée à un manufacturier d'avoir à produire les titres qui établissent son droit à prendre l'eau d'une rivière et de démolir les ouvrages déjà faits, s'il ne peut faire cette production. Aucun recours ne serait ouvert contre cette mise en de-

Digitized by Google

meure, parce qu'elle ne lèse pas immédiatement le droit du propriétaire; c'est seulement l'arrêté pris pour l'obliger à démolir qu'il pourrait attaquer par la voie contentieuse.

Ce sont encore les actes par lesquels l'administration, partie contractante, rejette une demande qui lui est adressée, en exécution d'une convention passée avec elle. Tel est le cas où un ministre des Travaux publics refuse d'accueillir la demande en supplément de prix d'un entrepreneur, pour un travail exécuté dans des conditions autres que celles prévues au marché. Si l'administration, dans cette hypothèse, prétend ne pas être obligée, ce n'est que la prétention d'une partie contractante et non une décision judiciaire. L'entrepreneur peut saisir la juridiction compétente, dans l'espèce le Conseil de préfecture, d'une demande en supplément de prix, mais il ne peut attaquer par la voie contentieuse le refus du ministre.

Enfin, ce sont encore les actes faits par l'administration en vertu du pouvoir tutélaire que la loi lui confère sur les départements, les communes et les établissements publics. Un préfet, par exemple, autorise une commune à vendre une parcelle de terrain faisant partie d'un chemin rural. Cet arrêté est un acte de tutelle qu'un particulier, qui se prétend propriétaire de cette parcelle, ne pourrait attaquer par la voie contentieuse. En effet, cet arrêté ne l'empêche pas de faire valoir en justice son droit de propriété.

Ajoutons que dans certains cas où l'administration agit en vertu de son pouvoir discrétionnaire et où, par conséquent, ses actes ne devraient être soumis qu'à la juridiction gracieuse, le législateur, pour mieux protéger les intérêts particuliers, a ouvert un recours contentieux contre ces actes. Tel est le cas, prévu par les lois du 15

Digitized by Google

octobre 1810 et 25 mars 1825, réglementant l'établissement des ateliers insalubres. Il appartient au préfet ou au sous-préfet d'autoriser ces sortes d'ateliers, et cependant les industriels et les propriétaires voisins peuvent se pourvoir, par voie contentieuse, les uns contre le refus d'autorisation, les autres contre l'autorisation accordée.

Nous avons dit que la juridiction administrative pouvait, en second lieu, être saisie d'une demande en interprétation d'actes administratifs, invoqués, au cours d'un procès, comme créant des droits à leur profit. Cette règle est basée sur l'axiome : « *cujus condere legem, ejusdem interpretari.* » Déterminer inexactement le sens et la portée d'un acte sur les droits qui en découlent, équivaut souvent à annuler l'acte lui-même. Il fallait donc, pour assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs, que l'autorité judiciaire ne fût pas appelée à interpréter un acte administratif. La jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour suprême sont identiques et constantes sur ce point : l'autorité judiciaire, placée en face d'un acte de l'autorité administrative, doit, lorsque le sens en est contesté, suspendre son jugement jusqu'à ce que l'interprétation en ait été donnée par l'autorité dont il émane.

Cette règle générale n'est pas sans quelques exceptions.

En premier lieu l'interprétation ne devrait pas être demandée par l'autorité judiciaire pour les actes administratifs qui rentrent dans sa propre compétence. Elle interprétera donc elle-même les difficultés que soulèveraient les actes réglementaires, les actes contractuels passés par l'État, les tarifs des octrois, les droits de péage perçus par les concessionnaires de ponts, les impôts indirects, etc.

Digitized by Google

Il faut encore, pour qu'il y ait lieu de demander à l'autorité administrative l'interprétation d'un acte dont le tribunal a à faire l'application, qu'il soit réellement équivoque ou obscur; la simple allégation d'une partie, qu'il y a lieu à interprétation, ne suffit pas pour obliger les juges à se déclarer incompétents. Décider autrement serait remettre à la mauvaise foi d'un plaideur téméraire le droit de suspendre le cours de la justice. Mais le Conseil d'État a décidé qu'il en allait autrement, lorsque l'administration elle-même, représentée par le préfet, déclarait que tel acte manquait de clarté; le tribunal, alors même qu'il serait d'un avis différent, devrait suspendre sa décision.

En vertu du principe « *cujus condere legem ejusdem interpretari,* » c'est à l'autorité de qui cet acte émane, ou s'il s'agit d'actes anciens, à celle qui l'a remplacée, qu'il appartient d'en déterminer le sens.

Aucune difficulté ne s'élève pour l'interprétation des actes émanés de l'une des autorités constituées depuis 1789. Pour les actes de l'autorité royale avant la Révolution, le roi ayant entre les mains tous les pouvoirs, il faut distinguer si l'acte rentrait dans le domaine législatif ou dans le domaine administratif; les tribunaux dans le premier cas en donneront l'interprétation, dans le second, au contraire, ce sera à la juridiction administrative qu'il appartiendra de prononcer. La même solution s'impose pour les actes des souverains des pays annexés à la France.

Le droit d'interpréter un acte administratif rentre dans les attributions contentieuses, et non dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration; aussi, toutes les garanties qui entourent le jugement des litiges administratifs, doivent accompagner l'interprétation demandée à l'au-

Digitized by Google

teur de l'acte. Si l'interprétation donnée par son auteur est contestée, un recours contentieux devant le Conseil d'État est ouvert aux parties. Il est, en effet, nécessaire d'assurer le respect des droits que cet acte a fait naître; l'autorité qui, armée d'un pouvoir discrétionnaire, pouvait ne pas le faire, ne peut le modifier à son gré lorsque plus tard elle est comme juge appelée à l'interpréter.

En troisième lieu, le Conseil d'État, expression la plus haute de la justice administrative, peut être saisi de recours pour excès de pouvoirs. Il remplit alors dans l'ordre administratif la fonction que la Cour de cassation exerce dans l'ordre judiciaire. Dans le langage judiciaire, l'excès de pouvoirs ne désigne que l'empiètement sur les attributions législatives ou administratives. Mais la jurisprudence du Conseil d'État donne à cette dénomination une toute autre importance.

Suivant elle, il y a excès de pouvoirs : 1° quand l'administrateur sort des limites de sa compétence, soit qu'il usurpe les attributions d'une autorité administrative, tel est le cas où un préfet prend un arrêté qu'il n'appartiendrait de prendre qu'au chef du pouvoir exécutif, soit qu'il usurpe les fonctions du pouvoir judiciaire, soit enfin qu'il empiète sur les droits du pouvoir législatif.

2° Quand l'administrateur néglige de suivre les formes déterminées par les lois ou par les règlements.

3° Quand l'administrateur emploie le pouvoir qui lui est confié dans un but tout différent de celui que se proposait le législateur.

L'extension donnée au recours pour excès de pouvoirs tend à restreindre les effets de l'arbitraire administratif, mais quelles sont les limites que le Conseil d'État a imposées à son contrôle?

Digitized by Google

Pendant longtemps la jurisprudence refusa d'admettre les recours pour excès de pouvoirs, toutes les fois qu'une autre voie contentieuse contre l'acte attaqué était ouverte aux parties, soit devant la juridiction administrative, soit devant l'autorité judiciaire. Le Conseil jugeait ce concours d'actions inutile et craignait une contrariété de décisions, particulièrement lorsque l'affaire pouvait également être portée devant les tribunaux civils. Aujourd'hui, dans de nombreuses affaires, le Conseil admet le recours pour excès de pouvoirs, alors même qu'il y a d'autres moyens de faire tomber l'acte attaqué. « Le Conseil d'État, dit M. Aucoc, n'a jamais considéré le recours pour excès de pouvoirs comme destiné à remplacer complètement, au gré des parties, les recours organisés par la législation, soit devant la juridiction administrative, soit surtout devant l'autorité judiciaire. Seulement, toutes les fois qu'il a été saisi d'un recours contre un acte qui lui paraissait entaché d'un excès de pouvoirs flagrant, qui empiétait sur les attributions d'une autre autorité, ou qui portait atteinte aux droits des citoyens, sans qu'on pût les rattacher à l'exercice des pouvoirs attribués par le législateur à l'autorité dont il émanait, il a cru opportun et utile d'user de ce droit suprême de contrôle qui lui appartient sur tous les actes des agents de l'administration, sans attendre que l'excès de pouvoirs fût consommé par l'exécution de l'acte ou des poursuites dirigées contre des citoyens (1). »

En résumé, le contentieux administratif se divise en trois branches. La première, qui dans un sens plus strict forme à elle seule le contentieux administratif, comprend :

Les réclamations élevées contre un acte administratif

(1) Aucoc, *Conférences sur l'administration*, tome I.

Digitized by Google

individuel dont l'effet immédiat est de léser un droit acquis en vertu d'une loi, d'un règlement ou d'un contrat;

Les réclamations contre un acte administratif qui ne blesse qu'un intérêt, dans le cas où la loi a expressément ouvert un recours par la voie contentieuse;

Les contestations qui, relevant par leur nature de l'autorité judiciaire, ont été placées par des lois spéciales dans les attributions de la juridiction administrative.

La deuxième branche comprend l'interprétation des actes administratifs et le recours pour excès de pouvoirs forme la troisième.

Nous avons déjà dit que le contentieux administratif n'embrasse pas tous les procès qui peuvent s'élever entre l'administration et les particuliers. Pour un très grand nombre de contestations qui surgissent à l'occasion d'actes administratifs, le législateur a fait échec au principe de la séparation des pouvoirs en confiant à l'autorité judiciaire le soin de les trancher. Nous ne citerons que les plus caractéristiques.

Les questions relatives à l'état civil, à la nationalité, au domicile, au droit de propriété, à ses démembrements, aux servitudes qui dérivent des dispositions du droit privé, sont exclusivement de la compétence de l'autorité judiciaire; seule elle peut prononcer sur toutes ces questions, même à l'égard de l'autorité administrative. Ce principe découle de la loi des 16-24 août 1790 et de diverses lois spéciales.

La compétence judiciaire s'étend même par certains côtés sur le domaine propre du droit administratif. C'est ainsi que les tribunaux connaissent des actions relatives à la perception des contributions indirectes (loi des 7-11 septembre 1790, art. 2) et règlent les indemnités dues

Digitized by Google

aux propriétaires dépossédés par l'exécution des travaux publics (lois des 8 mars 1810; 7 juillet 1833; 3 mai 1841).

Les difficultés qui soulèvent l'application des règlements sont également soumises aux tribunaux de l'ordre judiciaire. L'article 471, n° 15, leur donne le pouvoir d'en vérifier la légalité en disant qu'ils ne doivent prononcer de peines qu'à raison d'infractions aux règlements légalement faits.

Enfin nous avons vu que les actes contractuels faits par l'administration, même en vue d'un service public, relevaient de la compétence de l'autorité judiciaire.

Telles sont rapidement exposées les limites qui séparent les domaines des deux autorités administrative et judiciaire. Nous n'avons pas besoin d'insister pour faire ressortir combien ces bornes sont peu apparentes et quelle source de conflits constitue ce défaut de délimitation bien précise. Il donne journellement naissance à de graves questions de compétence, que je ne fais que signaler. L'une des plus importantes, aujourd'hui tranchée dans le sens de l'administration, s'agitait à propos du droit de reconnaître l'État débiteur comme responsable de ses agents. D'autres s'élèvent encore à propos de réclamations de particuliers atteints par un acte administratif dans leur propriété, leur domicile, leur liberté individuelle, leurs droits résultant de contrats, ou encore à propos de poursuites contre les agents administratifs.

Avant d'étudier l'autorité à laquelle a été confié le soin de trancher ces conflits et la procédure à suivre devant elle, il est intéressant d'examiner sommairement comment les conflits naissaient et étaient résolus dans notre ancien droit.

Digitized by Google

Historique. — Les conflits prirent naissance le jour où un certain nombre de matières contentieuses furent soustraites à l'autorité judiciaire pour être soumises à une juridiction spéciale; le jour, en un mot, où fut créée la justice administrative.

Si nettement, en effet, que soit tracée la ligne de démarcation qui borne le domaine des deux autorités rivales (et cette netteté n'est que rarement atteinte), elle peut n'être pas aperçue et n'est jamais suffisamment respectée. Les questions de compétence sont délicates, par nature et tous les corps ont une invincible tendance à étendre le cercle de leurs attributions. Aussi, l'empiètement est inévitable et l'institution du conflit est nécessaire pour rétablir l'équilibre troublé.

L'histoire des conflits est donc inséparablement liée à celle de la justice administrative qui leur donna naissance.

La République romaine, pas plus que la Grèce, ne connut la justice administrative. Les magistrats concentraient dans leurs mains les doubles pouvoirs de juge et d'administrateur.

C'est seulement sous l'Empire qu'elle prit naissance. Claude créa le premier une juridiction administrative, en instituant les *procuratores rei Cesaris,* intendants de la fortune impériale, qu'il fit du même coup, juges d'un assez grand nombre d'affaires fiscales.

La première loi relative à la compétence des tribunaux administratifs date de l'an 337, sous Constantin (1). Elle donne aux *rationales*, qui ont remplacé les *procuratores*

(1) Code, loi 5, *Ubi causæ fiscales*, livre III, titre XXVI : « *Ad fiscum pertinentes causas rationalis decidat.* »

Digitized by Google

institués par Claude, la connaissance de toutes les questions intéressant le fisc.

Depuis Dioclétien, les jugements des *rationales* purent être frappés d'appel; cet appel était porté devant les officiers de la Cour impériale : le *comes sacrarum largionum* et le *comes rei privatæ* « ce qu'on appellerait aujourd'hui, dit M. Dareste, le ministre des finances et le ministre de la maison de l'empereur. » Les conflits qui s'élevaient entre les magistrats ordinaires et les *rationales* étaient tranchés par l'empereur, source de toute justice, assisté de son conseil.

Les Germains ignorèrent les juridictions administratives; toutefois, le pouvoir central paraît avoir cherché à retenir les affaires fiscales.

Sous la monarchie franque et plus tard, sous la race carlovingienne, la confusion des pouvoirs est absolue; les *comites*, les *vicarii* et les *missi dominici* administrent et rendent la justice, tout en relevant du roi, auquel sont portées les plaintes contre les magistrats inférieurs et les causes qui, par l'intérêt engagé ou par la qualité des parties, ont une réelle importance.

Le droit de rendre la justice et l'autorité administrative, à l'époque féodale, sont encore réunis dans la même main : mais la royauté a abdiqué ses droits au profit des seigneurs qui les exercent comme tous les autres droits régaliens.

L'histoire des juridictions administratives commence avec le XIIIe siècle, pendant la période du Moyen-âge.

La Cour du roi, en 1302, sous Philippe le Bel, se divise en trois sections, qui tendent rapidement à se proclamer indépendantes. C'est, en premier lieu, le Parlement qui devient un haut tribunal judiciaire, puis la

Digitized by Google

Cour des comptes ou Échiquier, qui connaît des affaires concernant le domaine royal et les finances, et enfin le Conseil privé, à la compétence duquel sont soumises les affaires du Gouvernement et de l'administration. Cette scission du Conseil du roi, rendue nécessaire par ses attributions si diverses et si importantes, est le premier pas fait vers la séparation de la justice et de l'administration.

On trouve une première trace de l'apparition de la *Chambre des comptes,* dans une ordonnance de saint Louis (1256). Elle n'était alors qu'une commission du Parlement, chargée d'examiner les affaires de finances. Une ordonnance de 1319 la déclara indépendante. Au XIVe et XVe siècle, l'autonomie de la Chambre des comptes fut maintes fois menacée. Les conflits se multipliaient entre elle et le Parlement, devant lequel les parties condamnées prétendaient interjeter appel. Elle maintint énergiquement son droit, et le recueil des *Olim* cite un arrêt de 1315, par lequel elle ordonnait que les appelants fussent emprisonnés jusqu'à ce qu'ils se désistassent et les frappait d'une amende. L'appui du roi, qui ne l'avait créée que pour soustraire au contrôle judiciaire la gestion de ses finances, ne lui fit jamais défaut.

En 1355, les États généraux furent convoqués par le roi Jean. Épuisé par sa guerre désastreuse contre l'Angleterre, à bout de ressources, il leur demanda des *aides*. Les États généraux les accordèrent, sous la condition formelle que l'administration de ces fonds leur demeurerait confiée. Des généraux surintendants et deux receveurs généraux furent installés par les États de la langue d'oil pour en centraliser la perception et la gestion, confiées dans les divers diocèses à des députés et à des receveurs particuliers. Les généraux des aides formaient

Digitized by Google

la *Cour des aides*. Sa compétence s'étendait à toutes les contestations que faisaient naître l'assiette et la perception des impôts. Il fut stipulé, en même temps, que les décisions de cette Cour vaudraient comme arrêt du Parlement (Ordonn. 28 déc. 1355).

Dans la pensée des États, les impôts qu'ils venaient de voter étaient temporaires; ils devinrent permanents en fait, sinon en droit. Ils comprenaient les tailles ou impôts indirects, les aides ou impôts de consommation, particulièrement établis sur le vin, et le sel (gabelle), et les droits de douanes (imposition foraine).

Dès 1360, les fonctionnaires chargés de recevoir ces impôts, qui, comme je l'ai dit, étaient primitivement nommés par les États, devinrent des officiers à la nomination du roi. Ce furent les *élus* pour les tailles, et les aides, les *grénetiers* pour la gabelle, les *maîtres de port* pour l'imposition foraine. Ils réunissaient la double fonction d'administrateurs et de juges au contentieux en première instance. L'ordonnance du 24 juin 1500 leur attribua compétence pour tous les procès civils ou criminels relatifs aux impôts, mis ou à mettre. La Cour des aides connaissait en appel de leurs sentences.

D'autres juridictions administratives naquirent à la même époque. En 1357, la *Chambre des monnaies*, formée des généraux des monnaies, existe déjà. Le contentieux relatif aux monnaies, la police des corporations travaillant l'or et l'argent rentrent dans sa compétence.

Sous Charles VII, les *Trésoriers de France* constituent la *Chambre du Trésor*, chargée de trancher toutes les contestations que soulève la collecte des deniers royaux, en matière domaniale.

Signalons encore les *maîtres des eaux et forêts*, qui

Digitized by Google

connaissent de toutes les contestations civiles et criminelles relatives aux eaux et forêts; la *connétablie*, dont la compétence comprend tout ce qui concerne le service des armées; l'*amirauté*, qui statue sur les litiges intéressant la mer, ses dépendances et la marine marchande.

Nous avons dit, que sous Philippe le Bel, le *Conseil du roi* fut séparé du Parlement et de la Chambre des comptes. Pendant les premières années qui suivirent sa séparation, il se borna au gouvernement et à l'administration; mais, peu à peu, grâce à la théorie de l'évocation, il se transforma en haut tribunal administratif. Le roi, source de toute justice, en déléguant au Parlement une partie de son pouvoir judiciaire, ne s'était pas dépouillé du droit de juger seul ou assisté de son Conseil; il en avait conservé ce que bon lui semblait. De là l'usage de l'évocation. Il évoquait soit par mesure spéciale pour telle affaire déterminée, soit par mesure générale, pour soustraire aux juges toute une série de contestations et notamment, celles où les intérêts de l'administration se trouvaient engagés. Des plaintes nombreuses s'élevèrent contre cet usage, bien vite dégénéré en abus. Par lettres du 22 juillet 1370, adressées aux parlements, l'évocation des petites causes fut interdite. Ce fut vainement; le roi et son Conseil persistèrent à juger un nombre d'affaires considérable. « Les registres du » Conseil, dit M. de Tocqueville (1), sont remplis d'arrêts » d'évocation de cette espèce. Peu à peu l'exception se » généralise, le fait se transforme en théorie. Il s'établit, » non dans les lois, mais dans l'esprit de ceux qui les » appliquent, comme maxime d'État, que tous les procès

(1) De Tocqueville, *l'Ancien Régime et la Révolution*, page 111.

Digitized by Google

» dans lesquels un intérêt public est mêlé, ou qui nais-
» sent de l'interprétation d'un acte administratif, ne sont
» point du ressort d'un juge ordinaire dont le seul rôle
» est de prononcer entre des intérêts particuliers. En cette
» matière, nous n'avons fait que trouver la formule; à
» l'ancien régime appartient l'idée. »

Les conflits qui naissaient entre les tribunaux inférieurs ou les Parlements et les juridictions administratives, faute d'une délimitation exacte de leurs pouvoirs, étaient directement déférés au roi en son Conseil. Si le roi cassait la décision qui lui était soumise, il renvoyait habituellement les parties à se pourvoir devant le juge compétent; mais parfois il retenait l'affaire et statuait lui-même.

Il est intéressant de signaler ici, par quelles instructions données à ses agents, le Conseil espérait prévenir les conflits. Elles furent rédigées, en 1375, par le Conseil du roi, réuni en la Chambre des comptes de Paris, pour les commissaires chargés de percevoir le droit de franc fief. Ces (1) instructions portent que toutes les contestations devront être renvoyées à la Chambre des comptes. Elles ajoutent qu'à Béziers, à Carcassonne et ailleurs, les officiers des lieux, font souvent citer devant eux les commissaires pour rendre compte de leurs actes et qu'ils troublent ainsi l'opération administrative. Les commissaires se sont adressés au Conseil pour savoir ce qu'ils doivent faire en pareil cas. Le Conseil leur donne pour instructions de comparaître sur l'assignation donnée et d'entendre la demande formée contre eux. Si cette demande touche en quoi que ce soit le fait des finances,

(1) 14 février 1375, Recueil de Gosset. Dareste, *De la justice administrative en France*, p. 210.

Digitized by Google

ils devront opposer un déclinatoire et s'abstenir de conclure au fond. Que s'il s'agit de poursuites d'office, le Conseil se réserve de donner des ordres particuliers suivant les circonstances, afin d'empêcher que les juges ordinaires se mêlent en aucune façon des affaires de finances.

Les institutions, que nous venons de passer en revue, forment la première phase de l'histoire de la justice administrative; c'est celle d'une monarchie encore tempérée par les États généraux. Dans la période dite des temps modernes, l'habileté de Louis XI, l'énergie de Richelieu et de Louis XIV tendent à un but unique : la centralisation du pouvoir, entre les mains du roi. Pour l'atteindre, les juridictions administratives, que le Moyen-âge a fait naître, ne suffisent plus : elles ressemblent trop à des cours judiciaires; les offices, dont sont pourvus les magistrats qui les composent, leur donnent une indépendance qui se plie mal aux exigences royales. A une monarchie absolue, il faut des rouages administratifs plus fortement organisés, des agents plus dociles et plus souples, plus directement placés sous la main royale. Pour mener à bonne fin l'œuvre d'unification, les plus précieux auxiliaires de la monarchie seront les intendants et le Conseil d'État.

L'importance sans cesse croissante donnée aux juridictions administratives devait nécessairement porter ombrage aux Parlements, qui voyaient leurs pouvoirs amoindris par la constitution de ces autorités rivales. L'histoire des temps modernes est remplie du récit des luttes qu'ils soutinrent dans l'espoir de conserver leurs prérogatives politiques et des conflits que fit naître, dans le domaine du droit, leur opposition aux institutions nouvelles.

Digitized by Google

Le cadre de cette étude ne nous permet pas de raconter les contestations parfois violentes qui s'élevèrent entre le pouvoir royal et les Parlements. Mais pour comprendre comment pouvaient naître les conflits entre la juridiction civile dont ils étaient la plus haute expression, et les tribunaux administratifs, il est nécessaire d'exposer brièvement en regard des juridictions administratives, l'organisation de la hiérarchie judiciaire.

Au dernier degré de l'ordre judiciaire se trouvaient les *justices dites seigneuriales*, divisées, non pas partout, mais assez fréquemment, en trois classes : basse, moyenne et haute justice. Des juges présentés par le roi et commis par le seigneur administraient ces tribunaux inférieurs, qui survécurent, au moins de nom, jusqu'en 1789.

Au-dessus des justices seigneuriales, les justices royales subdivisées en prévôtés, bailliages ou sénéchaussées, présidiaux et parlements.

Les *prévôts,* qui dans certaines contrées se nommaient vicomtes, viguiers, châtelains, ne jugeaient qu'en premier ressort, dans toutes les matières civiles, personnelles, réelles ou mixtes, entre roturiers. Un édit de Louis XV, rendu en 1749, réunit les fonctions des prévôts à celles des baillis.

L'appel des décisions prévôtales était porté devant les *baillis* ou *sénéchaux*. En outre de ces appels, la compétence des baillis comprenait les contestations civiles du clergé et de la noblesse et toutes les questions féodales. Ils étaient encore chargés de l'instruction des procès dans les *cas royaux*. Un ordonnance de Charles VIII, en 1493, rendit obligatoire pour les baillis, l'usage assez généralement répandu de s'adjoindre des lieutenants chargés de rendre la justice. Ils ne conservaient plus que des

Digitized by Google

attributions militaires, qui plus tard leur furent également retirées.

Henri II (janvier 1551), pour abréger la longueur des procès, accrut la compétence de certains bailliages, qui prirent le nom de *présidiaux*. Les présidiaux, qui correspondaient à nos tribunaux de première instance, jugeaient en dernier ressort lorsque la somme en litige n'excédait pas 250 livres en capital et 10 livres en revenus. Pour les sommes plus considérables, l'appel de leurs jugements était porté devant les Parlements. Ils avaient également une juridiction criminelle.

A Paris, le *Châtelet* réunissait toutes les justices; il tenait lieu de prévôté, de bailliage et de présidial. Les justices seigneuriales y furent réunies sous Louis XIV, et donnèrent lieu à sa division en grand et petit Châtelet.

Au-dessus de ces juridictions secondaires et les dominant toutes se trouvaient les Parlements.

Comme la Cour du roi avait donné naissance au Parlement de Paris, les Parlements de province étaient nés des cours des seigneurs. On en comptait treize en 1879 : à Toulouse, Grenoble, Bordeaux, Dijon, Rouen (longtemps appelé *Échiquier*), Aix, Rennes, Pau, Metz, Douai, Besançon et Nancy. A ces Parlements il faut ajouter quatre conseils souverains, à Colmar pour l'Alsace, à Perpignan pour le Roussillon, à Arras pour l'Artois, et le Conseil de Corse qui date de la fin du règne de Louis XV.

Le Parlement de Paris, par son origine et son ancienneté, par l'importance que lui donnaient l'étendue de son ressort et sa situation près du siège de la royauté, ne cessa d'occuper le premier rang et de jouer un rôle très actif. Voici quelle était son organisation. Au XVIIIe siècle, il comprenait sept chambres, la grand'chambre,

Digitized by Google

trois chambres des enquêtes, la Tournelle criminelle et deux chambres des requêtes. La grand'chambre distribuait les causes et conservait les affaires les plus importantes. Les autres causes qui étaient déférées au Parlement étaient soumises aux chambres des enquêtes; elles jugeaient aussi, en première instance, les causes réservées à la grand'chambre. A la Tournelle criminelle étaient portés les procès criminels dont le Parlement connaissait en appel. Enfin, les chambres des requêtes statuaient en premier ressort, sauf appel à une autre chambre, sur les contestations de ceux qui avaient leurs causes commises au Parlement de Paris en vertu du privilège de *committimus,* privilège accordé par le roi.

Chaque Parlement prétendait être souverain dans toute l'étendue de son ressort. Nous avons déjà indiqué comment cette souveraineté fut battue en brèche par l'usage de l'évocation et par le pouvoir dominateur donné au Conseil du roi.

Les attributions des Parlements ne s'arrêtaient pas au domaine judiciaire. Ils prenaient part à la haute administration du royaume par le droit de police générale qui leur avait été confié. Avec l'usage adopté par la monarchie de faire enregistrer les édits ou ordonnances par les Parlements pour en assurer la plus stricte exécution, s'était introduit le droit de remontrances confirmé en 1566 par l'ordonnance de Moulins et proclamé par les États de Blois en 1576, droit qui donnait à ces cours souveraines une part du pouvoir législatif. Le rôle politique qu'ils avaient joué dans plusieurs circonstances (notamment aux États de 1558, où le Parlement de Paris figure comme le 4e ordre), les résistances qu'ils opposèrent parfois à la volonté royale leur avaient fait donner le titre qu'ils jus-

Digitized by Google

tifièrent, quels qu'aient été leurs torts, de tuteurs des rois et de protecteurs des peuples.

A la veille de la Révolution, en 1788, un édit de Louis XVI voulut transformer l'édifice judiciaire. Il supprimait les bailliages et établissait au-dessus des présidiaux des tribunaux appelés grands bailliages destinés à juger en dernier ressort jusqu'à 20,000 livres et destinés à éviter le recours aux Parlements. Cette réforme, que justifiaient la multiplicité des degrés de juridiction, les frais considérables et les déplacements ruineux qu'entraînaient les procès, fut considérée comme un châtiment politique des Parlements et souleva une opposition tellement vive, que l'édit dut être retiré. Côte à côte avec l'édifice judiciaire s'élevait petit à petit l'édifice administratif.

Examinons rapidement ce que devinrent, dans les temps modernes, les institutions administratives nées au Moyen-âge avant d'étudier les juridictions nouvelles que sut organiser la monarchie, pour réaliser ses projets de centralisation.

A l'époque où nous sommes arrivés, la Chambre des comptes a perdu son importance considérable au point de vue financier. Elle est réduite par l'ordonnance de 1511 à la ligne de compte, c'est-à-dire à l'examen, l'apurement, la clôture et le jugement des comptes de tous les receveurs des deniers royaux et communaux.

Toutefois, elle conservait encore l'enregistrement de certains actes concernant le domaine royal, (ce qui lui donnait le droit de remontrances,) et jugeait les contestations, que l'application ou l'interprétation de ces actes pouvait faire naître. Sous Louis XIV, cette attribution lui fut retirée. Quand la Révolution survint, elle n'était

Digitized by Google

plus chargée que de l'apurement des comptes, apurement réduit lui-même à une simple formalité.

Au XVe siècle, la Chambre des monnaies prit le titre de Cour et elle fut érigée en juridiction souveraine par l'édit de janvier 1551, confirmé en 1570 et 1635. La résistance des Parlements obligea le roi à recourir à l'emploi des lettres de jussion, pour obtenir l'enregistrement de ces édits.

Un édit de 1536, enleva à la Chambre du trésor la plus grande partie de ses attributions, pour les confier aux baillis. Elle disparut complètement, lors de la réorganisation financière entreprise par l'édit du 7 décembre 1542, pour faire place aux *bureaux de finances,* établis dans chaque généralité.

Cette juridiction prit rapidement une grande importance contentieuse. Tout ce qui concerne l'intendance et la direction des ponts et chaussées, fut, en 1626, soumis à sa compétence; on y ajouta, l'année suivante, la connaissance des affaires litigieuses relatives au domaine. Les appels de ses décisions étaient portés tantôt au Parlement, tantôt au Conseil, sans que la distinction fût clairement marquée.

La Cour des aides de Paris, et les Cours analogues qui existaient dans les provinces, ainsi que les élus, les grènetiers et les maîtres de port, qui tous relevaient de ces Cours, ne virent pas leurs attributions principales sensiblement modifiées dans les temps modernes.

La juridiction de la Table de marbre, formée des maîtres des eaux et forêts, ne fut pas amoindrie. Au contraire, la connétablie perdit toute son importance vers le milieu du XVIIe siècle. A la même époque, la connaissance des prises maritimes fut enlevée aux amirautés et soumise à un Conseil spécial et au Conseil d'État.

Digitized by Google

Les fonctionnaires des diverses juridictions administratives dont nous venons de parler étaient pourvus d'offices, depuis que Louis XII, pour se créer des ressources, avait imaginé la vénalité des charges. Assurés par là même de conserver leur situation, ces officiers avaient une indépendance qui, trop souvent, s'opposa aux réformes utiles entreprises par le roi. Pour briser ces obstacles, le Conseil eut recours, au XVIe siècle, aux moyens qu'avaient employés, avec succès, Charlemagne et saint Louis, aux inspections du *missi dominici* et des baillis. Visiter une province, y recueillir les plaintes des populations, signaler les réformes urgentes, s'enquérir de l'état de l'administration du royaume, veiller à l'exécution des ordonnances et des édits, telle était la mission que recevaient les maîtres des requêtes commissionnés par le Conseil.

Insensiblement, ces agents devinrent sédentaires et se fixèrent dans la généralité qui leur était assignée. On les nommait : *intendants de justice, police et finances, commissaires départis dans la généralité du royaume pour l'exécution des ordres du roi.*

Cette transformation, l'œuvre de Richelieu et l'un des plus grands faits de l'histoire administrative, passa inaperçue des contemporains, tant elle se fit lentement et sans bruit.

Il est impossible de donner une nomenclature complète de toutes les matières administratives qui faisaient l'objet de la compétence des intendants. Du reste, la commission qu'ils recevaient du roi, était rédigée en termes vagues qui facilitaient l'extension de leur juridiction. Il y était dit : « Nous voulons et entendons que vous puissiez pour-» voir à ce qui regarde le bien de notre service, l'obser-» vation de nos ordonnances touchant la justice, police et

Digitized by Google

» finances, et le bien et le devoir de nos sujets dans toute » l'étendue de ladite généralité. »

Voici en résumé quels étaient leurs attributions principales. Correspondants et mandataires du roi, ils exerçaient l'administration dans son sens le plus large. Comme juges du contentieux administratif, ils avaient dans les pays d'élection le département de la taille entre les diverses élections de chaque généralité et entre les diverses communautés de chaque élection. Ils statuaient sur les difficultés qui se produisaient à cette occasion. Ils pouvaient taxer d'office les taillables des communautés que les collecteurs omettaient d'imposer. Les recours contre les taxes d'office étaient jugés par eux.

Dans les pays d'État, la partie administrative appartenait aux États et le contentieux aux juges ordinaires; on laissa subsister cette organisation. Mais les provinces nouvellement acquises à la couronne n'eurent pas d'élection et tout ce qui concernait la taille échut aux intendants. Il en fut de même pour tous les impôts indirects de création récente.

Lorsque Louis XIV, en 1695, créa l'impôt de la capitation et plus tard lorsqu'il établit d'autres aides, il confia aux intendants toute l'administration et le contentieux qui y étaient relatifs. Leur compétence s'étendait également à tout ce qui concernait le contentieux des droits domaniaux et notamment les droits de contrôle, petit scel, insinuation et centième denier, correspondant à nos droits d'enregistrement. Ils jugeaient les contestations relatives aux postes, aux marchés pour le service des armées, aux logements des gens de guerre, ou tirage au sort de la milice, aux travaux publics, aux mines, aux expropriations pour cause d'utilité publique.

Digitized by Google

Ils se substituèrent aux bureaux de finances, relativement à la voirie.

Les décisions des intendants étaient, dans certains cas, susceptibles d'appel au Conseil; souvent, dans les affaires difficiles, ils ne statuaient qu'après avoir pris avis du Conseil qui les couvrait et dégageait leur responsabilité.

Au sommet de la hiérarchie administrative et en dominant tous les tribunaux d'exception, se trouvait le Conseil d'État.

Pendant le Moyen-âge, nous avons vu le Conseil investi d'attributions gouvernementales, administratives et judiciaires, chargé par le roi du jugement des causes évoquées et du règlement des conflits de juridictions entre Cours souveraines. A la fin du XVe siècle, la multiplicité sans cesse croissante de ses attributions judiciaires, obligea le roi à ériger une section de son Conseil en cour de justice, avec juridiction propre, sous le nom de Grand Conseil, et à lui remettre spécialement ces deux dernières attributions. Cette tentative n'eut aucun succès; le Grand Conseil vécut, mais comme tribunal d'exception et non comme cour suprême. Le Conseil d'État reprit ses hautes attributions.

Le Conseil d'État ne formait qu'un seul corps, chargé de préparer les décisions du roi et sans pouvoir propre. Pour faciliter l'expédition des affaires il fut divisé d'abord en trois, puis en cinq sections qui étaient : le Conseil d'État correspondant à notre Conseil des ministres, le Conseil privé ou des parties, présidé par le chancelier représentant à peu peu près la Cour de cassation. Les Conseils des finances, du commerce et des dépêches, de création plus récente, étaient chargés des affaires inté-

Digitized by Google

ressant les finances, le commerce, l'industrie et l'administration intérieure.

Le Conseil d'État était à la fois une cour suprême et régulatrice et un haut tribunal administratif.

Comme Cour suprême, il connaissait des demandes en évocation d'une Cour à une autre pour cause de parenté ou d'alliance, des demandes en règlement de juges, des demandes en cassation et en contrariété d'arrêts, des demandes en révision d'arrêts criminels. Ces diverses matières formaient la compétence du Conseil des parties.

Comme Tribunal administratif, il statuait sur les conflits d'attributions, connaissait des plaintes en excès de pouvoirs portées contre les fonctionnaires, des recours contre les actes royaux et de l'interprétation de ces actes. En un mot, toutes les questions, qui, de nos jours, forment la compétence du Conseil d'État jugeant au contentieux, lui étaient soumises.

Il est facile de découvrir, en étudiant cette double organisation des autorités administrative et judiciaire, les causes des conflits de compétence, qui, en dehors des dissentiments politiques, surgirent entre les parlements et les juridictions exceptionnelles. La plus certaine de ces causes était l'absence de délimitation des deux pouvoirs. On avait étendu la compétence des tribunaux administratifs à des matières qui, assurément, étaient du domaine de l'autorité judiciaire. Certains juges, comme les intendants et le Conseil d'État avaient même reçu une compétence à peu près illimitée. « Le roi, en son Conseil, » dit M. de Cormenin, révisait de pleine science et de » pleine autorité, tous les jugements; il réglait les com- » pétences, il évoquait le fond, il posait la borne où il » le voulait. »

Digitized by Google

D'un autre côté, la compétence des Parlements n'avait pas de limites plus précises : nous avons dit, qu'investis de pouvoirs politiques, ils cherchaient à s'associer au gouvernement et à diriger la marche des affaires, dans un autre domaine, ils considéraient comme un droit légitime de contrôler l'administration, puisqu'ils avaient été chargés de la police de leur ressort.

Il n'y eut pas de juridiction administrative contre laquelle les Parlements n'entrèrent en lutte. La Chambre des comptes et la Cour des aides furent les premières l'objet de leurs attaques : mais ces attaques furent bien autrement ardentes contre les intendants.

En 1626, lors de l'assemblée des notables, les Parlements adressèrent au roi des doléances. Il faudrait pouvoir les citer en entier pour montrer quelles furent, dès le début, leurs appréhensions à l'égard des nouveaux fonctionnaires.

Lorsque les troubles de la Fronde éclatèrent, en 1648, le Parlement de Paris réuni aux Cours souveraines dans la salle Saint-Louis, prit d'accord avec elles, le 30 juin, des résolutions, dont la première était de supprimer les intendants. Elle était ainsi conçue : « Les intendants de » justice et toutes autres commissions extraordinaires » non vérifiées ès Cours souveraines, seront révoquées », dès à présent. » Et plus loin : « Toutes les commissions » extraordinaires demeureront révoquées; toutes les or- » donnances ou jugements rendus par les intendants de » justice seront cassées et annulées : défense aux sujets » du roi de les connaître pour juges ni de se pourvoir » devant eux à peine de 10,000 livres d'amende... tous les » trésoriers de charge et élus feront leurs charges. » Les intendants furent même quelquefois décrétés de prise de

Digitized by Google

corps par les Parlements. Le premier intendant de Normandie fut condamné par celui de Rouen à l'emprisonnement.

Quelle était la procédure établie pour le règlement du conflit? Un édit du 20 décembre 1559 en organisa une pour trancher les contestations existant entre le Parlement et la Cour des aides. Les conflits devaient être vidés amiablement et fraternellement. Une conférence des avocats et des procureurs généraux des deux Cours, discutait d'abord la question de compétence. Si l'accord ne pouvait s'établir, la grand'chambre du Parlement, réunie aux commissaires députés par la Cour des aides, rendait une décision. Ce règlement fut observé jusqu'à l'ordonnance du mois d'août 1669, qui dispose que dans le cas où les gens du roi des deux Cours ne parviendront pas à s'entendre, ils se pourvoiront au Conseil, en règlement de juges, tant au civil qu'au criminel.

Il est permis de douter qu'entre des adversaires aussi irréconciables que les Parlements et les juridictions administratives, les conflits aient été souvent vidés fraterternellement. Le roi en son Conseil était alors appelé à prononcer sur le différend. Il pouvait être saisi, soit par l'une des parties, soit par la juridiction qui voulait faire reconnaître sa compétence méconnue; il pouvait encore se saisir d'office de l'affaire. L'exercice du droit de conflit n'était d'ailleurs soumis à aucune règle. Le roi cassait la décision de l'autorité qui avait excédé des pouvoirs, et renvoyait les parties à se pourvoir devant le juge compétent; le plus souvent, le Conseil évoquait l'affaire et statuait sur la contestation. De nombreux arrêts du Conseil établissent de la manière la plus formelle qu'il est juge des conflits, chargé de maintenir l'harmonie entre

Digitized by Google

les tribunaux, à quelqu'ordre de juridiction qu'ils appartiennent.

Je citerai deux de ces arrêts qui ne laissent aucun doute sur ce point. Le premier est du 19 octobre 1656. Il décide : « Que cette entreprise du Parlement tendant à s'établir en pouvoir illimité et à s'élever au-dessus des Conseils du roi, mandant les officiers qui ont l'honneur d'y être admis, pour rendre compte au dit Parlement de ce qui se passe dans les dits Conseils, ruinaient entièrement non-seulement la fonction de leurs charges et l'autorité du roi, mais détruisait l'ordre de la monarchie observé par tous les rois, qui ont trouvé nécessaire d'avoir auprès de leur personne un conseil, par l'avis duquel ils pussent, souverainement et de puissance absolue, *régler toutes les autres juridictions, les contenir dans leurs bornes, décider les différends qui naissent entre elles,* pourvoir aux évocations de droit, donner des juges non suspects à leurs sujets et retenir à soi la connaissance des affaires dont ils ont voulu se réserver le jugement pour des considérations quelquefois importantes à l'État. »

Un second arrêt, rendu le 8 juillet 1661, en présence du roi, confirma ces principes et coupa court aux protestations du Parlement : « Sa Majesté, dit l'arrêt, a établi un Conseil pour avoir l'œil sur toutes les autres juridictions, *régler les différends qui naissent entre elles,* empêcher que ses sujets ne soient contraints de traiter leurs affaires par devant des juges suspects, et retenir la connaissance de celles qui, pour des raisons d'État, ne doivent pas être terminées ailleurs. » Le roi enjoint donc : « à toutes les compagnies souveraines, sous quelque nom qu'elles soient établies, de déférer aux arrêts de son Conseil, à peine d'encourir son indignation. »

Digitized by Google

Lorsque Louis XVI réunit les États généraux, l'opinion publique était vivement préoccupée de la multiplicité des conflits; c'est à cette préoccupation qu'obéit l'Assemblée constituante en insérant dans la Déclaration des Droits de l'homme l'article 14, ainsi conçu : « Pour assurer l'esprit de la loi, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire doivent être distincts. Leur réunion dans les mêmes mains mettrait ceux qui en sont dépositaires au-dessus de toutes les lois, et leur permettraient d'y substituer leur volonté. »

L'Assemblée constituante ne se contenta pas d'avoir posé le principe de la séparation des pouvoirs dans la Déclaration des Droits de l'homme, elle l'inséra, nous l'avons vu, dans la loi des 16-24 août 1790 (tit. 2, art. 13).

Mais pour prévenir la confusion des deux pouvoirs, il ne suffisait pas, comme l'a fait remarquer M. de Cormenin, de leur dire : « Marchez indépendants l'un de l'autre. et soyez toujours divisés pour être unis. » La plainte en forfaiture n'était pas davantage un moyen de vider toute difficulté qui naîtrait entre les deux autorités.

A qui appartenait-il de faire respecter ce principe? Aux yeux de la Constituante ce pouvoir rentrait dans les attributions de l'autorité royale. Elle exprima sa pensée à cet égard dans la loi des 8-14 octobre 1790, ainsi conçue : « Sur les contestations survenues en plusieurs lieux et notamment entre le Directoire du département de la Haute-Saône et la municipalité de Grey, l'Assemblée, après avoir entendu le rapport de son comité de législation, décrète : ..... 3° les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs, ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale et dans le cas où on préten-

Digitized by Google

drait que les ministres de Sa Majesté auraient fait rendre une décision contraire aux lois, les plaintes seront adressées au Corps législatif. »

Le roi était donc l'arbitre des conflits qui pouvaient naître entre les autorités judiciaires et administratives, sur lesquelles son titre de chef suprême de la nation lui donnait une véritable suprématie.

Le temps manqua à la Constituante pour régler le mode, les cas, les limites et la procédure du conflit.

La Convention réunissant dans ses mains les trois pouvoirs de législateur, d'administrateur et de juge s'attribua le droit, que le décret du 7 octobre 1790 avait donné au roi, de statuer sur les questions de compétence qui pourraient diviser les deux autorités judiciaire et administrative. Elle le fit dans les décrets législatifs du 21 prairial an II, 15 pluviôse et 1er fructidor an III, statuant sur des cas particuliers.

Le 16 fructidor an III, voulant briser la résistance que les tribunaux apportaient à ses mesures violentes, elle décréta qu'elle annulait : « toutes les procédures et jugements intervenus dans les tribunaux judiciaires contre les membres du corps administratif et comité de surveillance, sur réclamation d'objets saisis, de taxes révolutionnaires et d'autres actes d'administration émanés des représentants du peuple en mission, ou sur répétition des sommes ou effets versés au Trésor. — Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit. »

Le 21 fructidor an III, une loi relative aux fonctions des corps administratifs et municipaux décida « que, en cas de conflits d'attribution entre les autorités judiciaires

Digitized by Google

et administratives, il serait sursis jusqu'à la décision du ministre (de la justice), qui en déférerait s'il était besoin au Corps législatif. Le Directoire exécutif était tenu dans ce cas de se prononcer dans le mois » (art. 27). C'était un retour au système du décret du 7 octobre 1790. Le Directoire était substitué au roi, avec faculté de recourir au Corps législatif, s'il le jugeait nécessaire.

Le Directoire n'usa jamais du droit qui lui était conféré de consulter le Corps législatif. On cite, il est vrai, un cas où le Conseil des Cinq-Cents fut saisi d'une question de compétence; mais il l'avait été d'abord par une pétition du juge de paix de Rochefort qui était en conflit avec l'administration de la marine à l'occasion d'une apposition de scellés, après décès, sur les effets de deux employés de la marine. Le Directoire n'adressa un message au pouvoir législatif, que sur l'invitation qui lui fut faite par le Conseil des Cinq-Cents. Dans la pensée du Directoire, il ne devait en référer au législateur que dans les cas où il y aurait eu lieu à interprétation de la loi. Cette manière de voir ressort très clairement d'un arrêté du 16 floréal an III et d'un message du 18 floréal, où le Directoire, parlant du règlement des compétences, disait : « La décision en est laissée au Corps législatif, ou dans les cas qui n'exigent pas une interprétation, au Directoire exécutif. »

Merlin, alors ministre de la Justice, combattait dans ce message l'opinion qui avait été émise au sein même de l'Assemblée, que l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III était inconstitutionnel. En effet, disait-on en ce sens, l'article 254 de la Constitution confie au Tribunal de cassation le soin de statuer sur les règlements de juges et l'article 263 impose au Directoire exécutif l'o-

Digitized by Google

bligation de lui déférer les actes par lesquels les juges auraient dépassé les limites de leurs pouvoirs.

L'auteur du mémoire établissait sans peine qu'il existe une différence essentielle entre le règlement du juge, où il est question de décider entre plusieurs tribunaux du même ordre quel serait celui qui connaîtrait d'une contestation et un conflit d'attributions où la question de compétence s'agite entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. Il insistait sur le danger qu'il y aurait à laisser aux mains du Tribunal de cassation le soin de vider les conflits; on exposerait le Gouvernement et le Pouvoir législatif à être frappés d'impuissance à l'égard des parties les plus importantes de l'administration publique.

Le législateur fut convaincu. Le Directoire resta juge des conflits qui devinrent dans sa main une arme redoutable, parce qu'il en fit un moyen de gouvernement à son service. Le conflit faisait main basse sur tous les jugements, quels que fussent leur caractère et leur autorité (1). C'est en parcourant l'histoire des conflits sous le Directoire, dit M. de Cormenin (2), « qu'on sent combien un gouvernement faible, et par conséquent tyrannique, peut abuser de cet instrument contre la liberté des citoyens et la sûreté des propriétés. »

Les consuls reçurent de la Constitution du 22 frimaire an VIII le droit de trancher les conflits. Leurs décisions étaient préparées par le Conseil d'État, nouvellement institué. Cette disposition, qui résulte de l'article 52 de

(1) Rapport de M. de Cormenin, cité par M. Taillandier, dans son *Commentaire sur l'ordonnance de* 1828, page 33.

(2) *Ibid.*, page 12.

Digitized by Google

la constitution, fut confirmée par le règlement du 5 nivôse (art. 9), portant organisation du nouveau Conseil d'État. Cet article décidait que le Conseil prononcerait sur le renvoi qui lui en serait fait par les consuls : 1° sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux.

Un arrêté des consuls, du 13 brumaire an X, conféra aux préfets, exclusivement, le droit d'élever le conflit, soit d'office, soit sur la dénonciation des commissaires du Gouvernement. Là s'arrêtèrent les dispositions législatives, réglant l'institution du conflit; le Conseil d'État dut régler la matière par ses précédents.

La Restauration respecta l'institution du conflit. Le 19 janvier 1813 un avis du Conseil d'État, approuvé par l'Empereur, avait assimilé le conflit au contentieux administratif; l'ordonnance du 19 juin 1814 adopta cette assimilation et, comme par le passé, la commission du contentieux resta investie du règlement des contestations élevées entre les deux pouvoirs rivaux, sur les limites de leur compétence.

A la suite d'une ordonnance rendue sur conflit en 1817, une des parties ayant été admise à présenter des observations et ayant obtenu gain de cause, l'administration de l'enregistrement considérant cette ordonnance comme un arrêt éleva la prétention de lui faire payer les droits fixés par l'article 47 de la loi du 22 avril 1816. Le ministre de la Justice saisi d'une réclamation contre cette perception, chargea les comités de législation et du contentieux d'examiner si le droit était dû. C'est sur cette affaire que fut rendu l'important avis du 6 février 1821. Le document repoussait la prétention de l'administration et l'assimilation qu'elle faisait entre une ordonnance ren-

Digitized by Google

due sur conflit et un arrêt. A l'appui de cette décision, il donnait les motifs suivants : « 1° Les conflits ne forment pas une contestation entre particuliers, mais entre les deux autorités publiques, administrative et judiciaire, qui toutes deux revendiquent la même affaire ou refusent de la juger. 2° Dans ces sortes de débats, il ne s'agit ni d'intérêts privés, ni de l'application des lois civiles, mais du maintien de l'ordre public, et de l'exécution des lois constitutionnelles. 3° Ces sortes d'affaires ne sont introduites ni par requête, ni par citation, le Conseil d'État ne pouvant en être saisi que par le Gouvernement lui-même qui seul a le droit de déférer à son examen l'arrêté de conflit. 4° Ces sortes d'affaires sortent tellement de la classe des procès, que jusqu'en 1813 elles ont été instruites et décidées sans le concours des parties, sans qu'elles aient pu prendre part à la décision et former opposition aux décisions rendues; si depuis on a admis les parties à fournir des observations, ce n'est pas qu'on ait reconnu leur intervention nécessaire et obligée dans l'instruction, mais uniquement afin d'obtenir des renseignements sur les faits qui peuvent éclairer la discussion et déterminer la décision à intervenir. Le droit de prononcer sur les conflits entre l'administration et l'autorité judiciaire est donc une prérogative dont l'objet est de maintenir la division des pouvoirs, de réprimer toute invasion des autorités secondaires et par conséquent les ordonnances en cette matière sont des actes de haute administration. »

Ces principes ont toujours été observés depuis et à juste raison.

L'ordre des avocats au Conseil s'émut vivement de cet avis, comme portant atteinte à ses droits, et protesta

Digitized by Google

auprès du garde-des-sceaux. Il exposait que l'avis du Conseil, en date du 19 janvier 1813, qui avait déclaré que les conflits appartenaient au contentieux administratif, ayant été approuvé par le chef de l'État, avait le caractère d'une disposition législative qui ne pouvait être modifiée par les décisions intérieures des comités du Conseil d'État; qu'il y avait dès lors un droit acquis pour eux de représenter les parties qui voulaient fournir des observations sur les conflits, car eux seuls avaient le droit d'instruire les affaires portées au comité du contentieux.

Les comités réunis de législation et du contentieux, saisis de cette requête par le garde-des-sceaux, soutinrent de nouveau que les conflits devaient être considérés comme des questions d'ordre public, dans lesquelles les particuliers étaient appelés pour éclairer les délibérations du Conseil et non parce qu'ils tenaient de la loi un droit d'action, que, dès lors, ces affaires pouvaient être instruites sans l'intervention obligée des avocats.

Les principes proclamés par l'avis des deux comités du Conseil furent consacrés législativement par l'ordonnance du 12 décembre 1821, réglant les droits des parties. Elle fixait, en outre, les délais dans lesquels les préfets devaient transmettre leurs arrêtés de conflit à l'administration centrale, les procureurs du roi envoyer les pièces de l'instance judiciaire et les parties fournir leurs observations. Faute par les parties d'avoir, dans les délais fixés par l'article 6, remis leurs observations, il devait être passé outre au jugement du conflit sans qu'il pût y avoir lieu à former opposition ou à demander la révision des ordonnances intervenues.

Le ministère de Villèle, vivement attaqué en 1827,

Digitized by Google

par l'opinion publique, avait cherché un point d'appui dans la magistrature. Celle-ci ne répondant pas à son attente, le Gouvernement imagina de se faire contre ses adversaires une arme du conflit, pour parvenir à restreindre les droits électoraux. Afin d'atteindre ce but, il déférait à la justice administrative les questions de capacité électorale, sous le prétexte de leur liaison avec les questions accessoires de contributions. Le Conseil d'État, plus ardent qu'éclairé, souscrivit trop aisément aux prétentions ministérielles, de là un soulèvement général de l'opinion publique contre l'administration et les conflits en général. Un des premiers actes du comte Portalis, lorsqu'il prit les sceaux, fut de réunir une commission chargée, 1° d'examiner suivant quelles règles et quelles formes, et dans quelles limites le droit de revendiquer les affaires, dont la connaissance appartient à l'administration, soit en vertu des lois qui ont réglé ses attributions, soit en vertu des lois spéciales, peut et doit être exercé aux termes des lois existantes par les agents du Gouvernement. 2° De proposer et rédiger, s'il y a lieu, les dispositions réglementaires qui pourraient paraître nécessaires ou utiles pour maintenir l'autorité de la chose jugée et de la compétence des tribunaux, sans porter atteinte à l'indépendance de l'action de l'administration.

Cette commission, composée de neuf membres appartenant au Conseil d'État, à la magistrature et au barreau, entendit d'abord un remarquable rapport de M. de Cormenin, qui servit de base à la discussion. La commission, dit M. Boulatignier, détermina les limites légales du conflit, de manière qu'elles ne pussent être franchies désormais et proposa en outre d'interdire le droit de conflit dans des matières et devant des juridictions où,

Digitized by Google

d'après les principes, il pouvait être exercé, mais où l'on pensa que l'administration pouvait y renoncer sans voir entraver sa marche et sans compromettre son action d'une manière sensible. Pour le cas où le droit fût conservé, il fut assujetti à des formes qui eurent pour objet de forcer l'administration à préciser les revendications qu'elle exerçait devant l'autorité judiciaire, à établir leur fondement légal, à attendre pour élever le conflit que l'autorité judiciaire eût affirmé sa compétence, à prendre et à notifier les arrêtés de conflit dans un bref délai.

L'intervention des parties dans l'instruction, fut d'ailleurs assurée d'une manière aussi économique mais plus simple que précédemment; enfin, le jugement des conflits fut soumis à des délais rigoureusement calculés et dont l'administration supérieure ne put s'affranchir (1).

Le projet de la commission rédigé dans le but d'être soumis aux Chambres, devint l'ordonnance du 1er juin 1828, qui forme aujourd'hui le règlement de la matière, sauf quelques modifications de détail.

Une ordonnance du 21 mars, introduisit quelques changements dans les pièces à produire et dans les délais.

En 1835, le garde-des-sceaux, M. Persil, conçut le projet de transformer en loi l'ordonnance de 1828. Une commission prépara un projet, qui, présenté au Conseil d'État, fut adopté par l'assemblée générale du contentieux, mais auquel on ne donna malheureusement aucune suite.

La constitution de 1848 introduisit une importante réforme dans l'institution du conflit. Elle en retira le juge-

(1) *Dictionnaire général d'administration*, v° mot *Conflit.*

Digitized by Google

gement au Conseil d'État et le confia à un tribunal spécial qui prit le nom de Tribunal des conflits. Il était composé de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'État désignés par leurs collègues et présidé par le ministre de la Justice, ou, en son absence, par le ministre de l'Instruction publique. Le nombre des juges composant ce tribunal, fut porté de six à huit par la loi du 3 mars 1849. Un règlement en date du 3 mars 1849 régla la procédure à suivre devant ce tribunal dont l'organisation fut fixée par la loi des 4 et 8 février 1850. Cette loi eut surtout pour but de rendre égale dans la composition du tribunal l'influence des représentants de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative. Malgré sa courte existence, le tribunal rendit d'importants services. Sa jurisprudence très généralement conforme à celle du Conseil d'État, mit définitivement hors de toute controverse, certaines solutions qui ont été depuis lors aussi bien acquises à la doctrine qu'à la pratique.

Le Tribunal des conflits ne devait pas survivre à la constitution de 1848.

Le décret organique du 25 janvier 1852 restitua au chef du pouvoir exécutif, prononçant sur l'avis du Conseil d'État, le droit de juger des conflits. L'assemblée du Conseil d'État, statuant au contentieux, examinait l'affaire dont l'instruction était laissée à la section du contentieux également chargée du rapport.

La commission provisoire qui remplaça momentanément le Conseil d'État en 1870, conserva le jugement des conflits.

En 1872, l'Assemblée nationale crut nécessaire de rétablir le Tribunal des conflits. La loi du 24 mai 1872 en règle l'organisation. Il est composé du garde-des-sceaux,

Digitized by Google

président, de trois conseillers à la Cour de cassation, élus par leurs collègues, de trois conseillers d'État nommés par le Conseil, de deux autres juges et de deux suppléants choisis par les membres du Tribunal. Ils sont au bout de trois ans soumis à la réélection et indéfiniment rééligibles. Un vice-président, choisi dans le Tribunal et nommé par ses collègues, supplée le président empêché.

La loi de 1872 remet en vigueur la loi du 20 février 1850 et le règlement du 28 octobre 1849, sur la procédure à suivre devant le Tribunal des conflits.

Digitized by Google

CHAPITRE II.

§ I.

Des matières qui peuvent donner lieu au conflit et des juridictions devant lesquelles il peut être élevé.

Nous avons exposé sommairement dans les notions préliminaires de cette étude ce que l'on entend par principe de la séparation des pouvoirs et nous avons essayé de montrer les limites les plus apparentes du domaine de chacune des deux autorités administrative et judiciaire.

Une sanction était nécessaire pour faire respecter ce principe et pour réprimer les empiètements possibles de l'une des autorités sur les attributions de l'autre. Cette sanction c'est le conflit.

Toutes les fois que le pouvoir judiciaire, saisi d'une contestation dont la connaissance appartient à une juridiction administrative, refuse de se dessaisir et affirme sa propre compétence, l'administration peut revendiquer cette contestation au moyen de conflit.

Par une juste réciprocité, l'autorité judiciaire devrait être armée comme l'administration, pour la défense de ses propres prérogatives. Il n'en est pas ainsi : la jurisprudence lui a constamment refusé le droit d'élever le conflit.

Digitized by Google

Toutefois, la loi de 1872 a en partie rempli cette lacune (1) de notre législation. L'article 26 permet aux ministres de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux du Conseil d'État, qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Les ministres doivent auparavant aviser cette section de son incompétence; le refus de faire droit à cette revendication permet seul de se pourvoir devant le Tribunal. Grâce à cette disposition, le garde des sceaux peut veiller aux usurpations de l'administration et les déférer au juge suprême des compétences.

Pour assurer le respect du principe de la séparation des pouvoirs, la sanction du conflit n'est pas la seule. Le Code pénal contient une section (section IV, ch. II, liv. III, tit. I) spécialement consacrée aux « empiètements des autorités administratives et judiciaires. » L'article 127 déclare coupables de forfaiture et punit de la dégradation civique les magistrats qui auraient excédé leurs pouvoirs en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, et d'autre part l'article 131 punit d'une amende les agents administratifs qui auront entrepris sur les fonctions judiciaires.

Le conflit ayant pour but unique de faire respecter un principe d'ordre public menacé par les usurpations de l'un des pouvoirs administratif ou judiciaire sur les attributions de l'autre, ne peut être élevé que par ceux-là seulement qui ont pris soin de veiller au maintien de l'ordre public, c'est-à-dire par les agents du pouvoir exécutif.

(1) L'article 47 de la loi du 3 mai 1849, contenait déjà une disposition analogue restreinte cependant au ministre de la Justice seul.

Digitized by Google

Quel que soit l'intérêt des parties à voir leurs contestations soumises à une juridiction compétente pour en connaître, elles ne peuvent prétendre dessaisir par le conflit une juridiction incompétente. Pour obtenir le dessaisissement d'un tribunal elles doivent s'adresser à lui en soulevant l'exception d'incompétence; si l'exception est repoussée elles peuvent encore tenter de la faire triompher par la voie d'appel devant le tribunal supérieur.

Deux conditions sont nécessaires pour que l'administration puisse régulièrement élever le conflit. 1° Que l'autorité judiciaire étant saisie et avertie de son incompétence, elle refuse de se dessaisir. 2° Que la contestation soit de la compétence de l'autorité administrative.

Si à l'incompétence judiciaire ne correspond pas la compétence administrative, le conflit ne saurait être élevé. Cette impossibilité ressort avec évidence de l'article 9 de l'ordonnance de 1828, qui dit que l'arrêté par lequel le préfet élève le conflit « revendique la cause » et aussi des termes constamment employés par le tribunal de conflit : « l'arrêté de conflit est confirmé en tant qu'il revendique pour l'autorité administrative. »

Cette manière de voir n'est pas admise par tous les auteurs. M. Boulatignier notamment pense qu'il suffit pour justifier l'exercice du conflit, qu'en vertu du principe de la séparation des pouvoirs l'affaire échappe à l'appréciation de l'autorité judiciaire. « Il ne s'applique pas seulement, dit-il, aux actes d'administration proprement dits, il protège tous les *actes du gouvernement* en tant qu'il ne s'agit pas de crimes ou de délits[1]. »

M. Boulatignier invoque en faveur de sa thèse un dé-

(1) *Dict. gén. d'administration*, mot *Conflit*, p. 511.

Digitized by Google

cret du Conseil d'État, en date du 18 juin 1852, rendu en ce sens, sur le conflit élevé à l'occasion du procès relatif aux biens de la famille d'Orléans. Ce décret nous paraît être une dérogation formelle à la jurisprudence constante du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, jurisprudence, qui ne voit dans le conflit qu'un moyen spécial de maintenir l'ordre des compétences entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative dans les cas prévus et dans les limites posées par les lois.

Le conflit, ne pouvant être élevé que pour appuyer la revendication de l'autorité administrative à son profit, serait détourné de son but s'il était introduit devant un tribunal incompétent pour obtenir le renvoi de l'affaire devant une juridiction du même ordre. C'est ainsi qu'un arrêt du Conseil d'État (18 mars 1865) a annulé le conflit élevé devant un tribunal civil pour faire renvoyer l'affaire devant le jury d'expropriation.

L'article 3 de l'ordonnance de 1828, signale deux cas dans lesquels la revendication administrative ne peut être exercée. Voici cet article : « Ne donneront pas lieu au » conflit 1° le défaut d'autorisation soit de la part du Gou- » vernement lorsqu'il s'agit de poursuites dirigées contre » ses agents, soit de la part du Conseil de préfecture, » lorsqu'il s'agira de contestations judiciaires dans les- » quelles les communes ou les établissements publics se- » ront parties;

» 2° Le défaut d'accomplissement des formalités à rem- » plir devant l'administration préalablement aux pour- » suites judiciaires. »

En premier lieu, le conflit ne peut être élevé sous le prétexte que l'autorisation du Gouvernement n'a pas été obtenue pour poursuivre ses agents.

Digitized by Google

L'article 75 de la constitution de l'an VIII avait organisé en faveur des agents du Gouvernement une protection spéciale, connue sous le nom de garantie des fonctionnaires.

Aux termes de cet article, on ne pouvait poursuivre les agents du Gouvernement à raison de faits relatifs à leurs fonctions, sans en avoir au préalable obtenu l'autorisation du Conseil d'État.

La garantie des fonctionnaires avait eu des précédents sous l'ancien régime, dans le droit d'évocation. J'emprunte à M. de Tocqueville l'exposé de cet usage (1). « Lorsque les tribunaux de l'ancien régime voulaient poursuivre un représentant quelconque du pouvoir central, il intervenait d'ordinaire un arrêt du Conseil qui soustrayait l'accusé à ses juges et le renvoyait devant des commissaires que le Conseil nommait; car, comme l'écrit un conseiller d'État de ce temps-là, un administrateur ainsi attaqué eût trouvé de la prévention dans l'esprit des juges ordinaires et l'autorité du roi eût été compromise. Ces sortes d'évocations n'arrivant pas seulement de loin en loin, mais tous les jours, non-seulement à propos des principaux agents, mais à propos des moindres, il suffisait de tenir à l'administration par le plus petit fil pour n'avoir rien à craindre que d'elle. Un piqueur des ponts et chaussées chargé de diriger la corvée, est poursuivi par un paysan qu'il a maltraité. Le Conseil évoque l'affaire et l'ingénieur en chef écrivant confidentiellement à l'intendant, dit à ce propos : A la vérité, le piqueur est très-répréhensible, mais ce n'est pas une raison pour laisser l'affaire suivre son cours, car il est de la plus grande importance pour

(1) De Tocqueville, *l'Ancien régime et la Révolution,* liv. II, ch. IV, p. 104.

Digitized by Google

l'administration des ponts et chaussées que la justice ordinaire n'entende, ni ne reçoive les plaintes des corvéables contre les piqueurs des travaux. Si cet exemple était suivi, ces travaux seraient troublés par des procès continuels que l'animosité publique qui s'attache à ces fonctionnaires ferait naître. »

La constitution de l'an VIII voulut, comme l'avait fait l'ancien régime, s'opposer aux poursuites inconsidérées ou de parti pris qui auraient pu entraver l'action administrative. La garantie, que formula l'article 75, était une garantie personnelle accordée aux fonctionnaires, qu'elle protégeait encore après leur sortie de charge. Elle n'avait nullement pour but de sauvegarder le principe de la séparation des pouvoirs.

L'article 3 de l'ordonnance de 1828, en décidant que le défaut d'autorisation ne pourrait donner lieu au conflit, ne sacrifia pas quoi qu'on en ait dit, le principe de la séparation des pouvoirs. En effet, si ce principe était engagé, c'est-à-dire si les poursuites intentées contre un fonctionnaire, soulevaient la question de validité ou d'interprétation d'un acte administratif, le conflit pouvait toujours être élevé. L'article 3 ne s'appliquait que dans le cas contraire, toutes les fois que l'action intentée contre un administrateur ne soulevait pas cette question de validité ou d'interprétation d'acte administratif. On pourrait citer comme exemple de cette deuxième hypothèse les poursuites dirigées contre un fonctionnaire pour infractions commises dans l'exercice de ses fonctions, (mais ne constituant pas un acte de la fonction) telles que le détournement d'un dépôt de souscription par un sous-préfet, voies de fait commises contre un subordonné, par un agent dans l'exercice de ses fonctions.

Digitized by Google

Lorsque le Conseil d'État autorisait les poursuites, elles suivaient leur cours devant les tribunaux ordinaires. Le défaut d'autorisation préalable ne constituait donc qu'une exception, susceptible d'être proposée devant le juge supérieur et d'entraver l'annulation de la procédure, mais qui ne pouvait jamais donner lieu au conflit, parce que l'administration était sans droit à revendiquer une matière rentrant dans la compétence de l'autorité judiciaire.

Un décret du 19 septembre 1870 a abrogé l'article 75 de la constitution de l'an VIII et toutes les autres dispositions ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics.

La jurisprudence est profondément divisée sur les conséquences de ce décret. Nous ne pouvons qu'indiquer les opinions contraires.

D'un côté, la Cour de cassation dans un premier arrêt, et parmi les auteurs MM. Boulatignier et Reverchon, ont soutenu, que dans les poursuites dirigées contre les agents du Gouvernement, tout était désormais remis à la sagesse des tribunaux. A eux d'apprécier, si dans les actes qui leur étaient dénoncés, il y avait en réalité un fait délictueux personnel à l'agent inculpé, ou seulement une application de la loi bonne ou mauvaise, dont l'autorité administrative était seule juge, ou bien encore si la poursuite n'était pas subordonnée à la solution d'une question préjudicielle qu'il n'appartenait pas à l'autorité judiciaire de résoudre (1).

Le Tribunal des conflits arrive à des conclusions toutes différentes. Le décret de 1870, dit-il, n'a eu d'autre effet

(1) Boulatignier, *Dic. gén. d'adm.*, mot *Conflit*, p, 521

Digitized by Google

que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes les conséquences légales et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence; mais il n'a pu également avoir pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire dans ce cas à l'autorité administrative le droit de proposer un déclinatoire et d'élever le conflit d'attributions. Une telle interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 mai 1872, qui, instituant le Tribunal des conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et des règles de compétence qui en découlaient (1).

L'interprétation que le Tribunal des conflits donne du décret de 1870 semble légitime. Cet article créait une entrave à la libre poursuite des fonctionnaires délinquants, elle est abrogée. Mais si la garantie personnelle a disparu, le principe de la séparation des pouvoirs n'a pas été modifié, et le privilège de l'administration d'être seule juge des actes administratifs reste intact.

Aujourd'hui donc, si une action dirigée contre un fonctionnaire ne soulève pas la question de validité ou d'interprétation d'un acte administratif, les tribunaux sont librement saisis, sans qu'aucune autorisation soit nécessaire. Comme par le passé, le conflit pourra être élevé lorsque la validité ou l'interprétation d'un acte administratif sera au contraire mise en question par les poursuites.

(1) Décision 26-30 juillet 1873; Pelletier contre le général de Ladmirault.

Digitized by Google

On devra surseoir pour les continuer jusqu'à ce que la section du contentieux du Conseil d'État, seule compétente pour apprécier la légalité des actes de l'administration, en ait prononcé la nullité.

Depuis le décret du 19 septembre 1870, le § 1 de l'article 3 de l'ordonnance n'a plus de signification en ce qui concerne les agents du Gouvernement.

Le deuxième cas prévu par l'article 3 de l'ordonnance est celui-ci : Ne donne pas lieu au conflit le défaut d'autorisation du Conseil de préfecture lorsqu'il s'agit de contestations judiciaires dans lesquelles les communes et les établissements publics seront parties.

Les communes de bourgs, villes ou villages qui croient devoir plaider, ne le peuvent faire sans y avoir été autorisées par les Conseils de préfecture que la loi du 28 pluviôse an VIII a chargés de statuer sur leurs demandes. Par arrêté du 7 messidor et du 9 fructidor an IX, on assimile aux communes les établissements publics, en exigeant d'eux une autorisation analogue pour ester en justice. Cette règle fut développée pour les communes par la loi du 18 juillet 1837 et par celle du 7 août 1851, pour les hospices. Les communes et établissements publics sont donc des incapables dont la tutelle est confiée aux Conseils de préfecture; l'autorisation de leur tuteur est nécessaire pour les habiliter à plaider (art. 1032 Cod. de procéd. civ.).

C'est là une pure formalité dont le défaut peut être opposé par l'avocat de l'adversaire, par le ministère public, et même d'office par le juge, mais qui ne peut donner lieu à un conflit, dans le cas où l'autorité judiciaire est seule compétente pour statuer sur les procès intentés par ces incapables.

Digitized by Google

Enfin, le non accomplissement des formalités à remplir devant l'administration, préalablement aux poursuites judiciaires, ne donne pas lieu au conflit.

Lorsqu'un particulier veut intenter une action contre l'État, il doit adresser au préfet un mémoire indiquant l'objet et les motifs de sa prétention; peut-être, en effet, l'État transigera-t-il? Sa demande ne peut être introduite qu'un mois après le dépôt du mémoire (loi du 28 octobre-5 novembre 1790, art. 15, tit. III). La même formalité doit être observée avant d'agir contre une commune (loi du 17 juillet 1837) ou contre un département (loi du 10 août 1835, art. 55).

Ici encore l'interdiction du conflit est justifiée, puisqu'il ne relèverait qu'un vice de procédure et n'aurait pas pour effet de modifier la compétence.

Les auteurs de l'ordonnance de 1828 jugèrent impossible de donner une énumération complète des matières administratives qui pourraient donner lieu au conflit, ils procédèrent par voie d'élimination en indiquant les cas où le conflit ne pourrait être élevé, et imposèrent à l'administration l'obligation d'appuyer toujours les arrêtés de conflits sur le texte formel d'une disposition législative (1).

Mais, pour justifier le conflit, on s'écarta vite de la lettre de l'ordonnance et on se contenta de prendre comme base le principe général de la séparation des pouvoirs et les lois qui l'établissent (2). La Commission de 1828 avait justement voulu prévenir l'usage de ces lois

(1) La disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux y sera textuellement insérée (art. 9, ord. 1828).

(2) Batbie, t. VII, p. 335.

Digitized by Google

générales, nous en avons pour preuve le commentaire de M. Taillandier, secrétaire de la commission, chargé de rédiger le texte de l'ordonnance : « La commission » n'a pas voulu, en effet (1), dit-il, que le préfet pût se » fonder vaguement sur la loi du 24 août 1796, sur celle » du 21 fructidor an III, ou sur l'arrêté de brumaire » an X, pour motiver un arrêté de conflit. Il faudra » donc que le préfet rapporte nettement la loi qui aura » attribué à l'administration la matière en litige. »

On n'a tenu aucun compte dans la pratique de l'article 9, dont le sens, absolument restrictif, est visiblement indiqué par les lignes que nous venons de citer.

C'est, notamment, en vertu de ces lois générales (24 août 1790, 21 fructidor an III, arrêté de brumaire an X) que l'administration est admise à revendiquer l'interprétation des actes administratifs toutes les fois que pour statuer, dans un procès, le tribunal a besoin d'apprécier ou d'interpréter ces actes.

Devant quelles juridictions peut être élevé le conflit?

L'administration étant armée du conflit pour revendiquer les contestations qui sont de sa compétence, lorsque les tribunaux judiciaires en sont saisis, il est de toute évidence que le conflit ne peut être élevé devant une juridiction administrative. Ainsi, le préfet ne pourrait prétendre, par ce moyen, revendiquer devant le conseil de préfecture la connaissance d'une affaire qu'il jugerait être de sa propre compétence. Le Conseil d'État serait le seul juge qui pût trancher ce débat entre deux juridictions administratives (arrêt du Conseil d'État, 24 mars 1832, v° Bouillet).

(1) *Commentaire sur l'ordonnance de* 1828, p. 169.

Digitized by Google

Devant quels tribunaux de l'ordre judiciaire le conflit peut-il être élevé? On pourrait croire, au premier abord, que les revendications administratives peuvent se produire devant toutes les juridictions de cet ordre; nous verrons, en les passant en revue, qu'il n'en est pas ainsi. Tantôt un texte législatif défend d'élever le conflit en certaines matières, tantôt l'impossibilité de suivre les formes prescrites pour l'élévation du conflit est l'obstacle qui s'oppose aux revendications administratives.

Cours d'assises, Chambres des mises en accusations, Juge d'instruction. — Si l'ordonnance de 1828 ne contient ni définition, ni énumération des matières administratives qui forment l'objet du conflit, elle spécifie certains cas dans lesquels il ne peut être élevé.

L'article 1er porte qu'à l'avenir : « le conflit d'attribu- » tions entre les tribunaux et l'autorité administrative » ne sera jamais élevé en matière criminelle. » Cette prohibition fut inspirée aux auteurs de l'ordonnance par le souvenir du scandaleux abus qui fut fait du conflit, sous le Directoire, abus poussé jusqu'à ses dernières limites. Pour paralyser l'indulgence, trop grande aux yeux des Directeurs, que les tribunaux montraient en renvoyant absous les prévenus d'émigration et les prêtres déportés, on annulait par voie de conflit les ordonnances du jury prescrivant leur mise en liberté. On renvoyait ensuite devant une juridiction plus complaisante tous ceux dont la condamnation était désirée.

L'ordonnance sacrifia le droit d'élever le conflit en matière criminelle, autant dans la crainte du retour de semblables abus, que pour enlever tout prétexte d'alarme à l'opinion publique. Quelle est la portée de cette prohibition? Quelques auteurs ont pensé que l'interdiction

Digitized by Google

d'élever le conflit en matière criminelle n'est pas l'abandon d'un droit appartenant à l'administration, mais la reconnaissance du principe, incontestable à leur avis, que les procès criminels ne peuvent jamais rentrer dans les matières administratives. Ce n'est pas l'opinion commune; M. Duvergier (1) notamment, à très bien fait remarquer que des questions de compétence administrative peuvent s'élever dans un procès criminel. Ainsi, un comptable public étant poursuivi pour dilapidation de sa caisse, il y a lieu d'examiner la question préjudicielle de savoir s'il est en débet et l'administration peut seule se prononcer sur ce point. Cette espèce s'est déjà présentée en 1819, dans l'affaire Fabry (Arrêt de cassation du 15 juillet 1819).

Une question préjudicielle de la compétence de l'autorité administrative étant soulevée devant la juridiction criminelle, il est hors de doute, que le Tribunal pourra et devra surseoir à statuer, jusqu'à ce que cette question ait été tranchée par l'autorité compétente. Mais, si le Tribunal refuse de le faire, l'article 1er de l'ordonnance ne permet pas à l'administration de l'y contraindre en élevant le conflit. La Cour de cassation sera dans ce cas seule appelée à faire respecter l'ordre des compétences.

Suivant la plupart des auteurs l'interdiction d'élever le conflit en matière criminelle ne s'applique qu'à l'action publique; malgré la généralité des termes « en matière criminelle, » ils pensent que l'action civile qui peut y être jointe, n'est pas protégée par la prohibition de l'article 1er.

Le Tribunal des conflits a adopté cette distinction.

(1) Duvergier, *Collection des lois*, annotation sur l'ordon. de 1828.

Digitized by Google

A la suite de l'exécution des décrets du 29 mars 1880, les sieurs T..... et T....., par acte en date du 4 septembre 1880, portèrent plainte devant le premier président de la Cour d'appel de Poitiers et se portèrent partie civile contre le préfet de la Vienne et le commissaire central. A la suite d'une ordonnance du magistrat instructeur, déclarant qu'il y avait lieu à information, le préfet de la Vienne éleva le conflit.

Sur cet arrêté, le Tribunal des conflits rendit la décision suivante, ainsi conçue en ce qui touche la recevabilité du conflit : « Considérant que, aux termes des lois ci-dessus visées des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III, défense est faite aux tribunaux de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions et de connaître des actes d'administration de quelque nature qu'ils soient; que le droit d'élever le conflit par les lois précitées et par celle du 21 fructidor an III, a pour but d'assurer l'exécution de ces prescriptions et qu'il ne saurait être porté atteinte à ce droit qu'en vertu de dispositions spéciales de la loi; — considérant qu'à la vérité les sieurs T..... et T..... soutiennent que cette disposition spéciale se rencontre dans la cause et qu'elle résulte de l'article 1er de l'ordonnance de 1828, aux termes duquel : « A l'avenir le conflit d'attributions entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle; » — qu'ils concluent de là que par application dudit article 1er le conflit élevé par le préfet du département de la Vienne devant le premier président de la Cour de Poitiers doit être annulé comme non-recevable; — mais considérant que l'article 1er de l'ordonnance du 1er juin 1828 en l'interdisant à l'autorité administrative en matière criminelle, a eu uniquement pour but d'assu-

Digitized by Google

rer le libre exercice de l'action publique devant la juridiction criminelle et la compétence exclusive de cette juridiction pour statuer sur la dite action; — mais que ce texte n'a pas eu pour but et ne saurait avoir pour effet de soustraire au principe de la séparation des pouvoirs l'action civile formée par la partie qui se prétend lésée, quelle que soit la juridiction devant laquelle cette action soit portée; considérant d'autre part, que l'acte en date du 4 septembre 1880, par lequel les sieurs T..... et T..... ont rendu plainte devant le premier président de la Cour de Poitiers et se sont portés parties civiles contre le préfet du département de la Vienne, le commissaire central et le commissaire cantonnal, ne constituait pas l'exercice d'une action publique, qu'ainsi la matière n'était pas criminelle dans le sens de l'article 1er de l'ordonnance du 1er juin 1828, et que ledit article ne faisait pas obstacle à ce que le conflit fût élevé sur l'action engagée par les sieurs T...., et T...., etc. »

La théorie du Tribunal des conflits est bien simple; quand le juge d'instruction n'est pas mis en mouvement par le ministère public, quand il n'est saisi que par la plainte d'un particulier qui se constitue partie civile, la matière n'est pas criminelle au sens de l'ordonnance, c'est une véritable action civile et dès lors le conflit peut être élevé en vertu du principe de la séparation des pouvoirs.

De graves autorités (1) et en grand nombre se sont éle-

(1) Mémoire et plaidoiries de M. Bellaigue, *Gazette des Tribunaux*, 3 et 19 déc. 1880; Cour de cassation, audience du 17 mars 1881; Rapport de M. le conseiller Sallantin, *Gazette des Tribunaux*, 18 mars 1881; *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tom. X, n° 3, mars 1881; *Examen doctrinal, Jurisprudence criminelle*, M. Albert Desjardins.

Digitized by Google

vées contre cette théorie et ont donné raison aux ordonnances du premier président de Poitiers et à la jurisprudence de la Chambre d'accusation de cette Cour qui les avait confirmées. Nous croyons aussi qu'il y a dans la thèse du Tribunal des conflits un grave oubli des principes de notre droit criminel. Sans doute l'ordonnance de 1828 n'a pour effet que d'assurer le libre cours de l'action publique et permet devant toute juridiction d'élever le conflit contre l'action civile formée par la partie lésée : mais dans l'espèce en question, y avait-il, comme le dit le Tribunal, une action civile portée devant le magistrat instructeur? Nous ne le pensons pas. Le juge d'instruction n'a incontestablement pas qualité pour instruire sur une action civile et est incompétent pour statuer sur une demande de dommages-intérêts. Sa mission, de quelque manière qu'il soit saisi, par le ministère public ou par la plainte de la victime se constituant partie civile (ce qui selon certains auteurs suffit pour mettre l'action publique en mouvement), se résume à rechercher s'il y a lieu ou non à une poursuite criminelle. Tous les auteurs sont unanimes sur ce point : « Ni les Chambres du conseil, dit M. Mangin (1), ni les Chambres d'accusation ne sont compétentes sur l'action civile résultant des crimes ou délits. Quand une partie lésée se constitue partie civile, ce n'est pas pour que les chambres statuent sur ses demandes en réparation civile, c'est pour qu'elles renvoient le prévenu devant un tribunal de répression et que, par là, cette demande puisse y être portée. » M. Faustin Hélie n'est pas moins formel en ce sens (2) : « La Chambre d'accusation

(1) Mangin, *De l'action publique*, t. III, n° 440.

(2) Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, t. V, n° 2295.

Digitized by Google

ne peut être saisie que de l'action publique : elle est incompétente pour statuer sur l'action civile des parties et dès lors cette action n'est portée en aucun cas devant elle. » L'action sur laquelle statuent et le juge d'instruction et la Chambre des mises en accusation est donc l'action publique.

Les partisans du système admis par le Tribunal des conflits disent, pour justifier la recevabilité du conflit, qu'il faut assimiler la plainte jointe à une constitution de partie civile à une demande en dommages-intérêts. Cette assimilation est à notre avis inexacte, elle conduirait à dire que la loi permet de porter une action devant un juge incompétent pour la juger. Une autre preuve qu'il n'en est pas ainsi se trouve dans l'article 66 du Code d'instruction criminelle qui spécifie que la constitution de partie civile n'est pas obligatoirement accompagnée d'une demande en dommages-intérêts, il faut une déclaration formelle; la demande pourra n'être formulée qu'en Cour d'assises, jusqu'au jugement. Le plaignant poursuit la répression d'un crime dont il se prétend victime et non la réparation du préjudice qui lui est causé.

Pour étayer la théorie que nous combattons, on a encore prétendu qu'il y avait lieu d'appliquer en matière criminelle les principes admis en matière correctionnelle; or, une jurisprudence constante reconnaît que le conflit peut légitimement être élevé devant le tribunal correctionnel s'il est uniquement saisi par la partie civile.

La situation n'est pas du tout identique; car devant le tribunal correctionnel il y a réellement une action civile engagée et le tribunal est compétent pour la juger. Devant le juge d'instruction il n'en est pas de même : « en se constituant partie civile, la personne qui se dit

Digitized by Google

lésée prend certains engagements; elle acquiert certains droits dans l'instruction préparatoire, elle ne saisit, elle ne peut saisir aucune juridiction; le conflit est élevé sur ce qui n'est encore qu'une condition d'efficacité de la plainte au criminel. L'action civile portée devant le tribunal correctionnel y sera nécessairement jugée : pour que l'action civile dans l'espèce présente trouve des juges, il faut d'abord que d'après le juge d'instruction, que d'après la chambre des mises en accusation ensuite, il y ait lieu à la poursuite criminelle; la question de la poursuite criminelle est la seule qui se pose devant les deux juridictions d'instruction; c'est la seule dont le conflit leur interdira l'examen; est-ce là ce qu'a dit, ce qu'a voulu l'ordonnance de 1828 (1)? »

En résumé, les juges d'instruction et les Chambres de mises en accusation n'étant compétents que pour connaître de l'action publique, ne pourront jamais être dessaisis par le conflit. Devant les cours d'assises le conflit ne pourra être élevé que pour revendiquer au profit de l'autorité administrative la connaissance d'une action civile portée devant elles.

Tribunaux correctionels. — L'article 2 de l'ordonnance du 1er juin 1828 porte : « Il ne pourra être élevé de » conflit en matière correctionnelle que dans les deux cas » suivants :

» 1° Lorsque la répression du délit est attribuée par » une disposition législative à l'autorité administrative.

» 2° Lorsque le jugement à rendre par le tribunal » dépendra d'une question préjudicielle dont la connais- » sance appartiendrait à l'autorité administrative en vertu

(1) *Revue critique*, mars 1881, M. Albert Desjardins.

Digitized by Google

» d'une disposition législative. Dans ce dernier cas, le » conflit ne pourra être élevé que sur la question pré- » judicielle. »

Il semble en lisant cet article que, sauf deux exceptions, l'autorité administrative est dépouillée du droit d'élever le conflit en matière correctionnelle, comme elle l'est devant les juridictions criminelles. Mais en l'analysant avec soin on voit que l'ordonnance, loin de relâcher les droits de l'administration les précise et les confirme. Il est, en effet, difficile de concevoir quelles autres matières correctionnelles que la répression d'un délit dont la connaissance lui a été expressément attribuée et la solution de questions administratives préjudicielles, l'administration pourrait revendiquer devant les tribunaux correctionnels.

Le premier cas où le conflit peut être élevé en matière correctionnelle ne peut donner lieu à de bien grandes difficultés. En effet, la compétence administrative est toute exceptionnelle en ces matières : il faudra donc une disposition législative formelle pour lui en attribuer la connaissance. D'après les lois et règlements en vigueur, l'administration est chargée de la répression des contraventions en matière : de grande voirie, de police du roulage, de mines et carrières et de servitudes militaires.

Le Conseil d'État s'était aussi, à différentes reprises, déclaré compétent pour connaître du délit de diffamation ou d'injure, lorsque cette diffamation ou cette injure était consignée dans la délibération d'un conseil municipal. Cette extension de sa compétence vivement combattue par la plupart des auteurs ne fut pas maintenue par la commission provisoire qui succéda au Conseil. Dans deux dé-

Digitized by Google

cisions (7 mai 1871 et 18 mai 1872) elle a proclamé en cette matière la compétence judiciaire.

Le deuxième cas où le conflit peut être élevé en matière correctionnelle se présente lorsqu'un jugement à rendre dépend d'une question préjudicielle que l'administration peut seule trancher en vertu d'une disposition législative.

Le conflit ne peut nécessairement porter que sur la question préjudicielle.

Il importe de remarquer que le droit pour l'administration de revendiquer pour elle-même la solution d'une question préjudicielle s'élevant devant un tribunal correctionnel, est subordonné à cette condition que de la solution *dépende* le fond même du procès.

Si la solution de la question préjudicielle n'a pas ce caractère de nécessité, si elle se présente à côté de la question principale, la revendication administrative serait sans fondement. Les termes de l'ordonnance sont formels en ce sens.

L'autorité administrative serait bien fondée à élever le conflit devant les juges correctionnels en raison d'une action civile qui rentre dans sa compétence, alors même que cette action serait jointe à l'action publique dont la connaissance lui échapperait.

Juges de paix. Tribunaux de commerce. — Aucun texte législatif ne tranche la question de savoir si le conflit peut être élevé devant les juges de paix, mais les auteurs de l'ordonnance de 1828 pensèrent que les revendications administratives ne pourraient être exercées devant cette juridiction. M. Taillandier, secrétaire de la commission, déclare que « ce n'est point implicitement qu'elle a entendu bannir de la législation les conflits

Digitized by Google

en cette matière, qu'elle s'est livrée à une controverse animée sur cette question. » D'ailleurs la procédure organisée par la commission, procédure dans laquelle le ministère public joue un grand rôle, indiquait nettement sa pensée à cet égard. Lorsqu'il n'existe pas de fonctionnaire de cet ordre devant un tribunal, l'exercice du droit de conflit est impossible. La jurisprudence a confirmé cette doctrine par de nombreuses décisions (11 janvier 1829, 28 mai 1829, 12 janvier 1835). On s'est demandé si la même solution devait être admise lorsque le juge de paix statuait comme juge de simple police, car alors il existait un ministère public dont le rôle était rempli par le commissaire de police (art. 144 Code d'instruction criminelle). Le Conseil d'État a tranché la question par deux décisions du 3 décembre 1828 et du 16 juillet 1846, annulant le conflit élevé devant le juge de paix statuant en simple police.

Ces décisions ont donné lieu à de vives controverses et de nombreux auteurs ont soutenu les droits de l'administration en cette matière, se fondant, nous venons de le dire, sur la présence d'un organe du ministère public et sur le silence du texte de l'ordonnance qui, disait-on, avait formellement signalé les juridictions et les cas où le conflit ne saurait être élevé. Personne ne doute, ajoutent-ils, que le conflit ne puisse être élevé si on interjette appel de ces décisions, mais si la revendication est fondée, l'intérêt de la justice et des justiciables n'est-il pas que la question soit tranchée dès l'abord?

L'absence de ministère public devant les juridictions consulaires a fait admettre par la jurisprudence une solution identique, sur le droit d'élever le conflit devant elle, à celle donnée pour les juges de paix (29 mars 1832), et

Digitized by Google

a soulevé les mêmes controverses et les mêmes reproches. Il faut remarquer que l'impossibilité d'élever le conflit devant les juridictions spéciales ne tient aucunement à la matière commerciale, mais à la composition des tribunaux, en sorte que le conflit serait régulièrement élevé devant un tribunal de première instance jugeant commercialement, si le procès commercial soulevait des questions administratives de la compétence de l'administration.

Conseils de prud'hommes. — La même impossibilité d'observer devant cette juridiction les formes qui entourent le conflit, a fait donner la même solution : qu'il ne pouvait être régulièrement élevé.

Tribunaux maritimes et conseils de guerre. — Ces juridictions spéciales ne connaissent que des crimes ou délits. Il y aurait donc lieu de leur appliquer les articles 1 et 2 de l'ordonnance de 1828, si l'administration pensait avoir quelques revendications à exercer devant eux.

Cour de cassation. — Vivement controversée avant 1828, la question de savoir si le conflit peut être élevé devant la Cour de cassation a été formellement résolue par l'article 4 de l'ordonnance : « Il ne pourra jamais être élevé de conflit après les jugements rendus en dernier ressort ou acquiescés, ni après les arrêts définitifs. » Pour être déférés à la Cour de cassation, il faut nécessairement que les jugements soient en dernier ressort ou les arrêts définitifs : l'impossibilité d'élever le conflit devant la Cour suprême est donc manifeste.

Jury d'expropriation. — Les raisons qui nous ont fait admettre que le conflit ne peut être élevé devant les juges de paix ou les juges consulaires s'appliquent au jury d'expropriation. Il n'y a pas de ministère public, les formes prescrites ne pourraient donc être observées. Mais

Digitized by Google

si l'administration avait à faire valoir quelque revendication, elle pourrait la présenter au tribunal lorsqu'il choisit les personnes qui composeront le jury [1].

Juge des référés. — La jurisprudence admet le droit, pour l'administration, d'élever le conflit devant le juge des référés. La question, qui avait été soumise au Conseil d'État, fut résolue affirmativement par un avis du comité de législation, en date du 3 mai 1844. Il était conçu en ces termes : « Considérant qu'il n'existe aucun obstacle à ce que le conflit soit élevé en référé; que le président d'un tribunal de première instance, jugeant en référé, n'exerce pas une juridiction exceptionnelle, qu'il exerce la juridiction ordinaire du tribunal dont l'autorité lui a été déléguée par la loi pour les cas d'urgence et l'exécution des titres parés; que dès lors l'administration, lorsqu'elle est citée en référé se trouve devant la juridiction où le préfet est autorisé à élever le conflit; que rien ne s'oppose à ce que le procureur du roi assiste au référé, qu'il doit y assister lorsque l'État est en cause, la généralité des articles 83 et 112 du Code de procédure civile, comprenant les référés comme les causes ordinaires; que le préfet devra, comme il le ferait devant le tribunal de première instance, adresser son déclinatoire au procureur du roi; que le président sera tenu de statuer sur le déclinatoire et d'ordonner lui-même, après l'arrêté de conflit, qu'il soit sursis à l'exécution; que les délais de l'ordonnance de 1828, introduits dans l'intérêt des justiciables, comme maximum du temps laissé à l'administration, pour revendiquer les questions qui lui paraissent de sa compétence, ne font pas obstacle à ce que le déclina-

(1) Doc. du Cons. d'État, 28 mars 1866; Usines de Saint-Maur.

Digitized by Google

toire soit présenté et l'arrêté de conflit déposé au greffe le même jour, ni à ce que le préfet prenne connaissance de l'ordonnance sur minute, etc.., est d'avis que le conflit peut régulièrement être élevé devant le président du tribunal qui exerce la juridiction même du tribunal par délégation de la loi; que le préfet devra suivre les formes ordinaires, en renonçant toutefois à tous les délais incompatibles avec la célérité des référés. »

Depuis lors, de nombreuses décisions du Conseil d'État sont intervenues qui ont confirmé cette manière de voir. Le Tribunal des conflits, par deux décisions des 14 décembre 1872 et 11 janvier 1873 a adopté la jurisprudence du comité de législation.

Tribunaux de première instance et Cours d'appel. — Devant les tribunaux civils de première instance et devant les juridictions d'appel, le conflit pourra être élevé et par la nature même des choses c'est là que les revendications administratives se présentent le plus souvent. Que le litige rentre dans la catégorie des affaires sommaires ou ordinaires, qu'il soit jugé en audience publique ou en Chambre du conseil, peu importe, le conflit pourra toujours être élevé (Déc. du 28 mars 1866).

§ II. *Agent compétent pour élever le conflit.*

Jusqu'à l'arrêté du 13 brumaire an X, qui le premier tenta de réglementer la matière en organisant une procédure, le droit d'élever le conflit fut indéterminé. Sous le Directoire, ce droit était dans toutes les mains. Le conflit s'établissait par la revendication formelle des administrations centrales des départements, par leurs dé-

Digitized by Google

fenses aux parties intéressées d'obtempérer aux jugements des tribunaux, par la contrariété de décisions administratives et judiciaires, par des arrêtés des administrations locales, des commissaires ordonnateurs ou autres chefs de service, et enfin par la dénonciation de simples particuliers qui signalaient au ministre de la Justice des procédures et jugements qui leur semblaient empiéter sur le domaine administratif.

L'arrêté du 5 nivôse an VIII donna au Conseil d'Etat le jugement des conflits sans déterminer à qui appartiendrait le droit de les lui déférer. La jurisprudence admise par le Conseil régla la matière : tantôt le conflit était constitué *ipso facto* par le refus des tribunaux d'obtempérer aux réquisitions d'incompétence du ministère public, ou par la contrariété de décisions entre un arrêté administratif et un jugement, tantôt il était élevé par les Conseils de préfecture. Quelquefois même le Conseil annulait des jugements sans conflit élevé sur le simple rapport d'un ministre ou de l'administration des domaines.

L'arrêté du 13 brumaire an X réservait aux préfets exclusivement le droit de prendre des arrêtés de conflits. Cette mesure était raisonnable, car élever le conflit c'est revendiquer les droits de l'administration et non trancher une question litigieuse, il était donc naturel de confier ce pouvoir au préfet dont le rôle est actif plutôt qu'au Conseil de préfecture, tribunal administratif.

Voici quelle était la marche indiquée par l'arrêté de l'an X pour l'élévation du conflit. Les commissaires près les tribunaux devaient requérir le renvoi des affaires rentrant dans la compétence administrative lorsqu'elles étaient portées devant le tribunal où ils exerçaient leurs fonctions (art. 1er).

Digitized by Google

Le tribunal refusait-il le renvoi, ils en devaient instruire sur-le-champ le préfet du département (art. 2). Le préfet dans les vingt-quatre heures élevait le conflit (art. 3). Enfin le préfet avait encore le droit d'élever le conflit indépendamment de toute dénonciation des commissaires près les tribunaux, et ceux-ci devaient notifier au tribunal l'arrêté du préfet (art. 4).

Si formels que fussent les termes de l'article 3, la jurisprudence continua à reconnaître aux ministres et aux Conseils de préfecture le droit d'élever le conflit; quelquefois même on admit encore les particuliers à dénoncer directement aux conseils les jugements et les arrêts pour usurpation de pouvoirs. Suivant le Conseil il ne fallait voir dans l'arrêté de brumaire que la proclamation de la règle générale reconnaissant à l'administration un droit de revendication.

On n'arriva qu'insensiblement à la stricte observation de l'arrêté du 13 brumaire an X.

A dater du 19 thermidor an XI, le Conseil d'Etat commença à refuser aux Conseils de préfecture le droit d'agir, comme il le faisait jusque-là, par évocation, « ce qui n'appartient, disait-il, ni aux tribunaux envers les Conseils de préfecture, ni à ceux-ci envers les tribunaux, mais au régulateur commun. » Le 23 janvier 1814, un décret annula comme entaché d'un excès de pouvoir, un arrêt d'un Conseil de préfecture élevant le conflit. Cette jurisprudence fut confirmée par une ordonnance du 9 avril 1817, annulant également un arrêté de conflit pris par le Conseil de préfecture du Cantal et fut depuis définitivement suivie. Elle était motivée en ces termes : « Considérant que le Conseil de préfecture en élevant lui-même le conflit a usurpé les attributions du préfet et violé les dis-

Digitized by Google

positions de loi de la matière, notamment celle des articles 3 et 4 de l'arrêté du Gouvernement du 13 brumaire an X. »

Lorsqu'intervint l'ordonnance du 1er juin 1828, la jurisprudence était fixée et les préfets exerçaient seuls le droit d'élever ce conflit. Les auteurs de l'ordonnance leur maintinrent ce droit (art. 5), mais non sans de longues hésitations. On avait proposé, dans le sein de la commission, de remettre ce droit aux procureurs généraux plus versés que les préfets dans la science du droit, comme eux représentants du Gouvernement et chargés de l'exécution des lois. Cette proposition fut rejetée. On craignit que les procureurs généraux, faisant partie des corps judiciaires et étrangers à l'administration, ne fussent moins en mesure que les préfets de veiller aux intérêts administratifs, et on pensa que ce rôle convenait mieux aux préfets, plus directement soumis aux ministres sur l'invitation desquels les conflits sont le plus souvent élevés.

Les ministres, défenseurs au plus haut degré des attributions administratives, ne partagent pas avec les préfets le droit de revendiquer eux-mêmes devant les tribunaux, la connaissance d'affaires intéressant l'administration. Cette solution est regrettable. Nous pensons qu'il eût été préférable, que ceux-là qui ont le plus souvent besoin d'user de l'arme du conflit, pour défendre les prérogatives dont ils sont constitués gardiens, le puissent faire directement, sans être obligés de recourir à l'intermédiaire de représentants, tenus, il est vrai, de déférer à leur invitation.

Nous avons dit que la jurisprudence, revenant progressivement à la stricte application de l'arrêté du 13 brumoire, enleva aux Conseils de préfecture le droit qu'ils s'étaient arrogés d'élever le conflit.

Digitized by Google

Ce droit ne peut davantage appartenir aux particuliers, puisque le conflit est une arme donnée à l'autorité administrative pour repousser les empiètements de l'ordre judiciaire. Aussi est-ce par une fausse application des principes que, dans les premiers temps, le Conseil d'État accueillant la demande de parties privées, annula, pour incompétence, plusieurs décisions judiciaires, une juridiction hiérarchique supérieure ou la Cour de cassation ayant seules mission de réformer les sentences rendues en violation de la loi.

Les parties ne peuvent donc obtenir le dessaisissement du tribunal qu'elles croient incompétent qu'en élevant devant lui l'exception d'incompétence. Le tribunal apprécie lui-même le bien fondé de cette exception, et s'il la repousse, il ne reste aux parties que la ressource de la faire triompher en appel.

Ces principes ne sont pas universellement admis. Pendant la discussion de la loi du 24 mai 1872, M. Roger Marvaise proposa de donner aux parties le droit d'élever le conflit. « Lorsque, disait son amendement, devant un tribunal de l'ordre judiciaire, il sera soutenu que la contestation ou une question préjudicielle est de la compétence de l'autorité administrative et réciproquement, lorsque devant la juridiction administrative, il sera soutenu que la contestation ou la question préjudicielle est de la compétence de la juridiction ordinaire, les parties pourront, tant que la question de compétence n'aura pas reçu une solution définitive, se pourvoir directement devant le Tribunal des conflits pour faire régler la compétence.

» Il sera sursis devant les tribunaux judiciaires en première instance ou en appel, à tout acte de procédure

Digitized by Google

relatif à la question de compétence, à partir du jour de l'ordonnance de renvoi, soit communiqué, faite au domicile ou à la personne des parties en cause ou à leurs avoués. »

Cet amendement fut victorieusement combattu par l'honorable M. Batbie, rapporteur de la loi.

M. Batbie fit remarquer que l'on ne pouvait, dans une loi qui avait pour unique objet l'organisation du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, modifier la législation actuelle par voie d'amendement, en introduisant une innovation d'une exceptionnelle gravité. Sans doute l'intervention du préfet, sans lequel on ne peut faire trancher une question de compétence, produit des lenteurs regrettables dans la procédure, mais en même temps, ne serait-il pas dangereux de remettre l'arme du conflit entre les mains des parties privées et quels abus n'aurait-on pas à craindre des plaideurs de mauvaise foi qui y chercheraient un moyen dilatoire. Au reste, le rapporteur reconnaissait l'importance de la question et la nécessité de l'étudier dans le cas où l'on ferait une loi nouvelle sur l'exercice du droit de conflit.

L'assemblée se rendit à la justesse de ces observations et rejeta l'amendement de M. Roger Marvaise (séance du 3 mai 1872, *Officiel,* du 4 mai). Elle fut, à notre avis, bien inspirée; si l'on comprend qu'un intérêt d'ordre public permette de suspendre l'action de l'autorité judiciaire, ce droit, exercé par un particulier, dans un intérêt privé, serait exorbitant.

Si les parties ne peuvent directement déférer au Tribunal des conflits une contestation qui les intéressent, elles peuvent du moins solliciter du préfet un arrêté de conflit. Celui-ci peut à son gré accueillir favorablement la de-

Digitized by Google

mande qui lui est faite, ou la rejeter : il est juge souverain des raisons qui sont portées devant lui. Son refus d'intervenir n'est susceptible d'aucun recours soit auprès du ministre, soit devant le Conseil d'État. La partie qui sollicitait l'arrêté de conflit peut seulement avertir officieusement le ministre de l'Intérieur, dont les préfets relèvent directement, de la fin de non-recevoir qui lui est opposée et solliciter l'envoi au préfet d'une invitation d'avoir à élever le conflit.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Longtemps les parties dont la demande avait été écartée par le préfet pouvaient attaquer sa décision devant le Conseil d'État. On invoquait comme base de ce recours les termes de l'arrêté du 13 brumaire an X, d'après lesquels le préfet devait élever le conflit, toutes les fois qu'il était informé par le commissaire du Gouvernement, ou *d'ailleurs,* qu'un tribunal était saisi d'une affaire, qui de sa nature, était de la compétence de l'administration.

En 1820, cette jurisprudence fut modifiée. Un arrêt du Conseil, repoussant un pourvoi formé contre le refus d'un préfet d'élever le conflit, déclara que la décision du préfet ne devait pas être soumise directement au Conseil d'État, mais portée d'abord en appel devant le ministre, comme le sont en principe les actes d'administration préfectorale.

On n'appliqua pas longtemps cette jurisprudence nouvelle. L'avis du Conseil d'État, du 4 février 1821, que j'ai signalé dans l'historique des conflits, écartait d'une manière absolue en cette matière, le droit d'intervention directe des parties privées, intervention incompatible avec la nature même du conflit. La conséquence de ce principe, confirmée par l'ordonnance du 12 décembre

Digitized by Google

1821, s'imposait : les particuliers n'ayant aucun droit à intervenir comme parties principales au règlement du conflit, l'administration est seule maîtresse d'apprécier s'il y a lieu ou non d'exercer la revendication dans l'instance qui lui est signalée et sa décision est sans appel.

Les préfets étant en possession incontestée du droit exclusif d'élever le conflit, il faut examiner dans quelles limites territoriales ils peuvent exercer ce droit.

L'arrêté par lequel un préfet élève le conflit d'attributions, étant un acte des fonctions qu'il exerce comme représentant de l'autorité publique et l'exercice de ses fonctions étant circonscrit dans les limites du département qu'il administre, il s'ensuit qu'il n'a qualité pour l'élever que dans les affaires portées devant les tribunaux de ce département.

Cette règle qui découle de la nature même des choses était nettement formulée dans l'arrêté de brumaire an X (art. 1 et 2). Néanmoins elle fut méconnue en 1823 dans l'affaire Grétry, par une décision qui permettait au préfet d'élever le conflit en dehors des limites de son département, du moment qu'il se fondait sur l'interprétation d'un acte émané de lui ou de l'un de ses prédécesseurs. Cette décision resta sans écho et l'ordonnance de 1828 reproduisit, dans son article 9, la règle de l'arrêté de brumaire.

Les circonstances exceptionnelles qui militeraient en faveur de l'abandon de cette règle, n'ont pu en faire fléchir la rigueur. C'est ainsi qu'il a été jugé que la revendication administrative ne peut être exercée par un préfet dans le département duquel ne serait pas situé le tribunal saisi, alors même que les biens litigieux seraient renfermés dans sa circonscription territoriale (1), ou qu'il

(1) Décret du 28 juillet 1864. — Cf. Pallet.

Digitized by Google

serait actionné en garantie comme représentant son département, par un adjudicataire de travaux publics intéressant ledit département (1).

Le Conseil d'État appliqua encore la règle générale dans des circonstances qui soulevaient un doute sérieux; il s'agissait au fond d'une action intentée contre la compagnie du canal de l'Ourcq, à raison de travaux exécutés par elle dans le département de l'Aisne, en vertu d'ordres du préfet de la Seine. Le préfet ayant été exceptionnellement investi, pour les travaux du canal, d'attributions extraterritoriales, il eût été légitime de prétendre qu'il avait qualité pour élever le conflit, dans les affaires qui s'y rattachaient, devant un tribunal du département de l'Aisne. Cette prétention fut repoussée (2).

Dans le cas où un tribunal est saisi d'une affaire par le renvoi que prononce une Cour réformant le jugement d'un tribunal situé dans un autre département de son ressort, l'agent compétent pour exercer la revendication est le préfet du département où se trouve le tribunal actuellement saisi (3).

Il n'existe donc aucune difficulté lorsqu'un procès est pendant devant un tribunal d'arrondissement : soit que l'affaire y ait été directement portée par les parties, soit qu'elle y ait été renvoyée par la Cour d'appel, dans les deux cas, le préfet du département où siège le tribunal est compétent et seul compétent pour élever le conflit.

La règle que nous venons d'exposer reçoit un échec lorsqu'il s'agit de déterminer quel est le préfet compétent

(1) Décret du 14 avril 1839, c. préfet du Cher.
(2) Décret du 25 mai 1862.
(3) Décret du 12 août 1854, com. de Lussey et d'Etat.

Digitized by Google

pour élever le conflit devant une Cour d'appel. Une jurisprudence constante décide que dans toute affaire portée en appel devant une Cour, c'est le préfet du département où se trouve le tribunal originairement saisi, qui peut exercer la revendication administrative (1). Le préfet du département siège de la Cour est complètement écarté.

Cette dérogation au principe s'explique aisément. Rien n'est plus naturel que de donner au préfet la poursuite de la revendication qu'il a le premier fait valoir; c'est lui qui est au courant de l'affaire, c'est à lui qu'on notifie l'acte d'appel.

Plusieurs auteurs avaient proposé de distinguer s'il y avait eu ou non un déclinatoire proposé en première instance : si, disaient-ils, le préfet a proposé un déclinatoire devant la première juridiction, c'est lui qui aura le droit de suivre l'affaire en appel pour y élever le conflit: si, au contraire, l'administration intervient pour la première fois en appel, ce sera le préfet du département siège de la Cour qui aura qualité pour proposer le déclinatoire et élever le conflit. Cette distinction, après bien des hésitations, fut repoussée dans la pratique et la jurisprudence n'admit à agir que le préfet du département où se trouve le tribunal primitivement saisi. Une décision, en date du 1er février 1873, du Tribunal des conflits, a confirmé cette jurisprudence (2).

Que faut-il décider lorsqu'une contestation vient devant une Cour d'appel, par suite d'un renvoi prononcé par la

(1) Ordonnance du 20 août 1840 : Dufour et Morel c. préfet du Pas-de-Calais; Hrs d'Anvers c. préfet de la Manche; Décret 27 mai 1848 : l'État c. com. des Angles; Décret du 15 mai 1858 : Cie chemin de fer de l'Est.

(2) Af. de Pomereu c. l'État.

Digitized by Google

Cour de cassation? La jurisprudence a varié sur ce point. Après avoir admis que, dans ce cas, c'est le préfet du département où siège la Cour qui peut élever le conflit (1), elle semble fixée aujourd'hui en sens contraire, c'est-à-dire qu'on reconnaît comme seul compétent le préfet dans le département duquel est situé le tribunal où l'affaire a été portée en première instance (2). « En effet, dit M. Reverchon, quelle est la conséquence de la cassation prononcée? Ce n'est pas de renouveler l'instance, c'est de remettre la cause et les parties au même état qu'avant la décision cassée, qui est alors considérée comme non avenue. Or, avant cette décision, la cause et les parties étaient à l'état d'appel et à ce moment le conflit n'aurait pu être élevé que par le préfet du département dans lequel était situé le tribunal saisi; il doit en être exactement de même après la cassation qui ne fait que supprimer l'arrêt cassé. »

Ainsi donc, le fonctionnaire compétent pour revendiquer devant une Cour d'appel les droits de l'administration est, dans tous les cas et de quelque manière qu'elle soit saisie, le préfet du département où est situé le tribunal devant lequel le conflit aurait pu être élevé pour la première fois.

Nous avons dit que les préfets peuvent seuls élever le conflit, faut-il comprendre sous ce titre le préfet de police et les préfets maritimes?

Préfet de police. — On n'avait jamais contesté à ce fonctionnaire le droit d'élever le conflit, lorsqu'intervint, le 29 mai 1822, une ordonnance annulant, pour défaut

(1) Ordonnance des 21 août et 24 décembre 1845.

(2) Décision du 1er juillet 1850 et décret du 13 février 1861.

Digitized by Google

de compétence, un arrêté de conflit pris par lui. Elle se basait sur les termes de l'arrêté du 13 brumaire an X et de l'ordonnance du 12 décembre 1821 qui confiaient l'exercice de ce droit au préfet du département et sur l'arrêté du 12 messidor an VIII, qui déterminait les attributions du préfet de police, était muet sur le droit d'élever le conflit.

Le comité de législation, consulté par les ministres de la Justice et de l'Intérieur, émit, en date du 23 novembre 1822, un avis dans lequel il reconnaissait au préfet de police le droit d'élever le conflit. L'avis se basait sur cette raison que le préfet de police, exerçant une partie des attributions des préfets de département, devait, dès lors, partager avec eux le droit de revendiquer pour l'administration les questions de sa compétence.

Pour éviter le retour d'une semblable erreur, une ordonnance fut rendue le 18 décembre 1822, ainsi conçue : « Considérant que le préfet de police de Paris est chargé d'une partie de l'administration départementale, et qu'il exerce ses fonctions sous l'autorité immédiate de nos ministres, avons ordonné et ordonnons ce qui suit : « 1° Les dispositions de l'article 4 de l'arrêté du 13 brumaire an X, qui autorisent les préfets à élever le conflit entre les deux autorités, sont déclarées communes au préfet de police de Paris; en conséquence, il élèvera le conflit dans les affaires qui, étant par leur nature de la compétence de l'administration, sont placées dans ses attributions. »

Malgré les termes du considérant de cette ordonnance, il n'y a pas lieu de distinguer si le préfet élève le conflit, comme chargé d'une partie de l'administration départe-

Digitized by Google

mentale, ou en vertu de sa fonction de chef de la police municipale : le dispositif n'établit aucune distinction.

L'avis du 23 novembre 1822, qui inspira l'ordonnance dont je viens de citer les termes, établit bien clairement qu'en déclarant communes au préfet de police les dispositions qui autorisent les préfets des départements à élever le conflit, elle n'a nullement créé un droit de concurrence entre ce préfet et le préfet de la Seine. Après avoir établi la nécessité de maintenir au préfet de police un droit qu'il avait toujours exercé jusque-là, l'avis ajoute : « Qu'il n'est pas moins nécessaire de déterminer en ce point les attributions respectives des deux préfets, pour qu'il ne s'établisse point entre eux une concurrence dont l'intérêt public et particulier pourrait souffrir. » C'est ce partage que l'ordonnance a entendu faire en stipulant expressément que le préfet de police « élèverait le conflit dans les affaires administratives qui sont placées dans ses attributions. »

Préfets maritimes. — Les préfets maritimes partagent-ils avec les préfets des départements le droit d'exercer les revendications administratives? Rien n'indique que la commission de 1828 se soit préoccupée de cette question. Sous l'empire de l'arrêté de brumaire an X, on n'hésitait pas à leur reconnaître ce droit, bien que les termes de l'arrêté semblassent réserver ce droit exclusivement aux préfets des départements. La jurisprudence, depuis 1828, a adopté implicitement la même solution (1); les raisons qui ont fait admettre ce droit pour

(1) Ordonnance du 23 avril 1840, Bruno Josserand; *id.* 12 février 1841 et 30 mars 1842, Blanchet c. Peyran ; décision du Tribunal des conflits, 17 janvier 1874, héritiers Fenandini et Bibetti c. compagnie Valéry.

Digitized by Google

le préfet de police, militent également, dit-on, pour le laisser aux mains des préfets maritimes. Fonctionnaires placés à la tête d'une administration considérable, immédiatement sous les ordres du Gouvernement, ce sont des préfets spéciaux, établis dans les parties du territoire où l'importance et l'étendue des services maritimes ne permettraient pas de charger de leur direction les préfets ordinaires.

Il est incontestable que les préfets maritimes et les préfets des départements où sont établies les préfectures maritimes ne sauraient exercer concurremment le droit d'élever le conflit. La nécessité de prévenir tout dissentiment entre fonctionnaires et d'éviter des revendications sans fondement ou mal fondées impose cette solution.

§ III. *Phase de l'instance judiciaire où le conflit peut être élevé.*

Pour qu'un conflit puisse être utilement élevé dans une affaire de la compétence administrative portée devant les tribunaux ordinaires, deux conditions sont nécessaires, il faut 1° que l'instance soit engagée, 2° qu'elle ne soit pas terminée.

Nulle difficulté ne s'élève sur le premier point : il est de toute évidence que l'administration ne peut élever une revendication devant un tribunal, qu'autant qu'il est saisi par une demande.

L'article 4 de l'ordonnance de 1828 formule la seconde condition : « Hors le cas prévu ci après par le dernier

Digitized by Google

paragraphe de l'article 8 [1] de la présente ordonnance, il ne pourra jamais être élevé de conflit après des jugements rendus en dernier ressort ou acquiescés, ni après des arrêts définitifs.

« Il n'en était pas ainsi avant l'ordonnance de 1828. Si éloignée que fût la date d'un arrêt ou d'un jugement, alors même que les délais d'appel ou d'opposition étaient expirés, eût elle-même été confirmée par la Cour de cassation, toute décision rendue par l'autorité judiciaire lorsqu'elle excédait les limites de sa compétence était frappée d'une nullité absolue et l'administration conservait, sans qu'il fût prescriptible, le droit de faire prononcer cette nullité : l'incompétence à raison de la matière, disait-on, est d'ordre public et peut être proposée en tout état de cause; nulle prescription, nul laps de temps ne peut donc effacer le vice radical des décisions entachées d'une telle incompétence. » Les parties ne peuvent pas attribuer à l'autorité judiciaire des pouvoirs qu'elle ne tient pas de la loi, et cette autorité ne peut pas, de son côté, mettre une telle usurpation à l'abri des revendications administratives; une usurpation de ce genre n'est pas plus régulière parce qu'elle est devenue plus complète.

Il est facile de comprendre les inconvénients d'un semblable système, qui ne respectant aucunement l'autorité de la chose jugée, remettait en question, quelquefois après plusieurs années, une contestation éteinte et jetait le trouble dans les intérêts.

La commission du contentieux, qui, depuis 1806, était

(1) C'est-à-dire lorsque le Tribunal, sans attendre l'expiration du délai accordé au préfet pour élever le conflit, aurait passé outre au jugement du fond.

Digitized by Google

juge des conflits, chercha à mettre des bornes aux prétentions exagérées de l'administration. Un arrêté de conflit pris contre un jugement rendu quelques années auparavant, fut annulé par ce motif que « les dispositions qui donnaient au préfet le droit de conflit ne s'appliqueraient pas aux contestations terminées par des jugements ayant acquis l'autorité de la chose jugée » (décret du 15 janvier 1813).

L'exactitude du principe posé par cette décision, le respect dû à la chose jugée, parut trop absolu à l'administration qui tenta et parvint à en faire restreindre l'application par un décret du 6 janvier 1814. Ce décret annulait deux arrêtés de conflits pris contre un arrêt, après l'expiration des délais de recours en cassation. Le Conseil d'État reconnaissait, qu'aux termes de l'arrêté du 13 brumaire an X, on ne pouvait élever de conflit dans des contestations terminées par une décision ayant force de chose jugée; mais, indirectement, il établissait que la revendication administrative pouvait se produire utilement pendant les délais du recours en cassation : selon la doctrine de ce décret, une décision judiciaire n'aurait eu force de chose jugée qu'après l'expiration de ces délais. « Considérant, disait-il, que l'arrêt a été signifié le..., à domicile, *que trois mois après cette signification, le délai pour se pourvoir en cassation étant expiré, cet arrêt avait acquis l'autorité de la chose jugée...*, etc. » Nouveau changement en 1815. Une ordonnance du 8 février annule un arrêté de conflit pris trois mois après la date de l'arrêt par ce motif « que les jugements de première instance en dernier ressort et les arrêts des Cours rendus contradictoirement sont empreints du caractère de la chose jugée au moment même où ils sont prononcés. »

Digitized by Google

Cette doctrine, véritablement conforme aux principes, fut encore battue en brèche. Le Conseil d'État décida en 1819 que le conflit pouvait être élevé tant que le délai de l'appel ou du recours en cassation ne serait pas expiré. La nécessité de protéger plus efficacement les droits de l'administration ne l'obligeait à s'arrêter, pensait le Conseil, que devant une décision passée en force de chose définitivement jugée, et une décision n'avait ce caractère qu'autant qu'elle n'était plus susceptible d'appel, ni de pouvoir être attaquée par la voie du recours en cassation (ordonnance du 23 juin 1819, *id.*, 4 août 1819, *id.*, 20 juin 1821). Toutefois une ordonnance de 1824 reconnaissait que le rejet prononcé par la Cour de cassation ne permettrait plus d'élever le conflit.

L'opinion s'émut vivement de cette jurisprudence, et ce fut une des principales difficultés qu'eut à résoudre, en 1828, la commission chargée de réviser la législation du conflit. M. de Cormenin, son rapporteur, conclut énergiquement à la nécessité de revenir au principe qui avait affirmé l'arrêt de 1815, c'est-à-dire au respect absolu de la chose jugée. C'est là, au degré le plus élevé, un principe d'ordre public contre lequel aucun autre ne saurait prévaloir. « Dans une société régulière, dit M. Reverchon, la chose définitivement vidée est le dernier mot des contestations humaines; ébranler le respect absolu qui lui est dû, c'est substituer l'empire de la force à l'empire du droit. La chose jugée couvre et purge tous les vices; elle couvre, elle doit couvrir celui de l'incompétence comme tout autre. Les préoccupations exagérées d'un intérêt administratif ou politique mal compris ont pu méconnaître pendant un temps plus ou moins long cette grande et élémentaire nécessité, mais le jour où

Digitized by Google

elle a été librement et mûrement débattue, elle a dû prévaloir, et l'article 4 de l'ordonnance de 1828 n'a fait que le traduire et l'appliquer par ses dispositions. »

Le conflit, depuis l'ordonnance de 1828, ne peut donc plus être élevé lorsque la contestation a été tranchée par une décision définitive.

L'article 4 ne parlant que des jugements rendus en dernier ressort, on en pourrait conclure que la revendication administrative peut s'exercer après un jugement rendu en première instance seulement. Il n'en est rien : l'expression a mal traduit la pensée des auteurs de l'ordonnance, et il faut dire que le conflit ne peut être élevé lorsqu'un jugement au fond a été rendu. Aucun doute ne peut exister sur ce point, puisque le deuxième paragraphe de l'article le dit expressément, que « le conflit pourra être élevé en cause d'appel s'il ne l'a pas été en première instance. » Il faut en conclure avec le Conseil d'État que le préfet, ayant omis d'élever le conflit pendant le débat en première instance, ne le pourra que si l'appel vient rouvrir la lice judiciaire (ordonnance du 8 avril 1829, Rives, 28 août 1844, Abadie Mounon, annulant des arrêtés de conflit, puis, dans les délais de l'appel, contre des jugements rendus en premier ressort). En effet, un jugement au fond, alors même qu'il est susceptible d'appel, a force de chose jugée dès qu'il est rendu; l'éventualité de l'appel n'est qu'une condition résolutoire qui, si elle ne se réalise pas, n'empêchera pas que ce jugement n'ait eu dès l'origine le caractère et les effets d'un jugement en dernier ressort (1).

Le préfet peut élever le conflit devant une Cour d'appel.

(1) *Dict. d'administration* de Block, mot *Conflit;* M. Reverchon.

Digitized by Google

Il ne le pourrait plus après un arrêt définitif ou après un jugement, si l'appel avait été interjeté tardivement. En effet, la revendication ne peut s'élever en appel que parce que la contestation revit; or un appel irrecevable ne peut la faire revivre (décret du 30 juillet 1857, com. de Saint-Laurent).

Le deuxième paragraphe de l'article 4 prévoit le cas où un tribunal, saisi d'un déclinatoire d'incompétence statue sur le fond, sans attendre l'expiration du délai accordé au préfet pour élever le conflit. Le préfet peut alors user de son droit de revendication, quand bien même la décision, jugement ou arrêt, serait définitive.

L'article 454 du Code de procédure civile permet d'interjeter appel, encore que le jugement ait été qualifié en dernier ressort, lorsque la partie appelante allègue l'incompétence du tribunal qui a rendu le jugement. Le préfet peut alors intervenir pour proposer le déclinatoire et élever le conflit (ordonnance du 19 octobre 1838).

A la suite d'une décision judiciaire rendue par défaut, le droit d'élever le conflit n'appartient plus au préfet : car, l'éventualité de l'opposition que peut former la partie condamnée, n'est comme l'appel, qu'une condition résolutoire qui n'empêche pas que le jugement ou l'arrêt ne soit, quant à présent, définitif et ne doive l'être du jour même où il a été prononcé, si l'opposition n'est pas formée.

A plus forte raison, le conflit ne pourrait être élevé après un jugement ou un arrêt définitif, pendant le délai du recours en cassation, délai qui n'est pas suspensif, ou devant la Cour elle-même. La contestation ne renaît pas par suite du pourvoi en cassation et la Cour ne peut que maintenir ou casser la décision qui lui est soumise.

Digitized by Google

Si la Cour suprême, admettant le pourvoi, vient à casser la décision qui lui a été déférée, cette décision est non avenue, le litige renaît et alors le conflit peut être élevé devant le Tribunal ou la Cour à laquelle l'affaire a été renvoyée. L'effet de la cassation étant de remettre la cause et les parties au même état qu'avant la décision cassée, le préfet peut faire valoir sa revendication jusqu'à ce qu'une nouvelle décision définitive soit intervenue (ordonnances du 19 mars et du 24 décembre 1845).

Cette solution s'applique également au cas de tierce opposition ou de requête civile. La tierce opposition n'a pas d'effet suspensif et ne rouvre pas le procès qui a été jugé; les juges doivent se borner à déclarer si la décision attaquée par le tiers opposant lui est ou non applicable. L'action du préfet ne saurait se produire dans la requête civile, non plus que dans le recours en cassation : les juges ayant examiné si l'ouverture de la requête est ou non fondée, rétractent et mettent à néant la décision attaquée, ils ne se prononcent pas sur le fond de l'affaire; une instance nouvelle, dans laquelle le préfet pourra élever le conflit avant le nouveau jugement définitif, sera nécessaire pour faire juger l'affaire.

Lorsque les parties s'adressent à un tribunal pour obtenir l'interprétation d'un jugement dont l'exécution soulève des difficultés, ou au juge des référés pour faire interpréter une ordonnance précédemment rendue, l'ancienne contestation ne revit pas : c'est un nouveau procès qui surgit et le préfet ne saurait revendiquer la connaissance de l'instance primitive (ordonnance du 5 décembre 1828). Mais la revendication de l'administration serait légitime, si elle se bornait au nouveau litige, surtout lorsque la demande soulève des questions nouvelles de

Digitized by Google

la compétence administrative (ordonnance du 16 mars 1848 et décret du 12 août 1854).

Le prononcé du jugement ou de l'arrêt fixe le moment à partir duquel l'intervention du préfet ne peut plus être admise, mais jusque-là il pourrait élever le conflit, même après les plaidoiries et les conclusions du ministère public (décret du 28 juillet 1864).

Le jugement sur le fond étant la limite où expire le droit de l'administration de faire valoir ses revendications il faut dire que les jugements préparatoires et même les jugements interlocutoires ne s'opposent pas à ce que le conflit soit élevé, bien que, par leur nature, ils préjugent la solution de l'affaire (ordonnance du 16 avril 1841, comte de l'Épine; décision de la Commission provisoire du 13 mars 1872, préfet du Tarn-et-Garonne; *id.* du Tribunal des conflits, 1er janvier 1873. Ve Cognet).

Un jugement définitif affirmant expressément la compétence du tribunal, sur l'exception proposée par l'une des parties, ne ferait pas obstacle à la revendication, même dans le cas où cette exception aurait été soulevée par le préfet, partie en cause comme représentant l'État ou le département. Le préfet est alors un simple plaideur (décret du 22 mai 1869, com. de Saint-Félix de Lodez; décision de la Com. provisoire 21 octobre 1871, préfet de la Gironde; décrets des 12 décembre 1868 et 4 mai 1870; décision du 11 janvier 1873).

L'article 4 de l'ordonnance de 1828 défend d'élever le conflit après un jugement acquiescé. Une controverse s'éleva sur le sens qu'il fallait donner à ces mots. Elle fut tranchée par le Conseil d'État qui reconnut que l'acquiescement prévu par l'ordonnance ne devait s'entendre que de celui qui aurait conféré la force de la chose jugée à un

Digitized by Google

jugement rendu sur le fond du droit (ordonnances des 5 mars 1841 et 9 juin 1842; décisions des 21 octobre 1871 et 13 mars 1872). Aussi a-t-il été jugé que l'acquiescement des parties à un jugement qui se borne à ordonner une expertise, n'empêche pas qu'un conflit puisse être régulièrement élevé (ordonnance du 3 août 1845, caisse hypothécaire). De même un préfet, partie en cause au nom du domaine, qui a reconnu la compétence de l'autorité judiciaire et a défendu au fond et sans réserve, comme si cette autorité était compétente, est encore recevable à revendiquer pour l'administration (avant le jugement définitif), la connaissance du litige (ordonnance du 30 décembre 1842).

Le désistement du demandeur et la transaction, dessaisissant le tribunal, le conflit n'aurait plus aucune raison d'être.

Se fondant sur ce principe qu'on ne saurait exercer de revendication, là où il n'y a point de contestation, le Conseil d'État a jugé, qu'au cas où l'autorité judiciaire a déclaré prescrite une action correctionnelle, il n'y a pas lieu de statuer sur le conflit élevé soit à raison d'une question d'interprétation préjudicielle à l'exercice de cette action, soit à raison d'une action en garantie que l'individu cité en police correctionnelle aurait prétendu exercer contre l'État, pour le cas où il aurait été condamné (décret du 4 juin 1857, Lecomte).

La péremption d'instance rendant non avenus tous les actes de procédure, il n'existe plus de contestation pendante devant l'autorité judiciaire, donc il n'y a plus lieu au conflit. Ce droit renaîtrait et pourrait être légitimement exercé le jour où le procès viendrait lui-même à renaître.

Digitized by Google

Les nombreuses controverses que la rédaction défectueuse de l'article 4 a fait surgir, font regretter qu'elle n'ait pas été remplacée par celle que proposait l'article 8 du projet de 1836. Le principe y était nettement mis en lumière. Cet article était ainsi conçu : « Le conflit peut être élevé tant qu'il n'a pas été statué au fond : il peut encore l'être après le jugement sur le fond, lorsque le jugement a été rendu pendant le délai accordé au préfet pour l'élever après le déclinatoire. » Ce lumineux exposé des cas où l'administration peut être admise à faire utilement valoir ses droits eût coupé court à toute discussion.

§ IV. *Procédure à suivre devant le tribunal saisi de la contestation.*

La revendication que le préfet exerce au nom de l'administration, devant l'autorité judiciaire indûment saisie, se compose de deux actes indispensables : le déclinatoire et l'arrêté de conflit.

La nullité du conflit est la sanction que l'ordonnance de 1828 attache à la stricte observation de ses prescriptions. Elle démontre l'importance de la procédure du conflit. « A l'avenir, » porte l'article 5, « le conflit ne pourra être » élevé que dans les formes et de la manière déterminée » dans les articles suivants. »

« Art. 6. Lorsqu'un préfet estimera que la connaissance d'une question portée devant un tribunal de première instance est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative, il pourra, alors même que l'adminis-

Digitized by Google

tration ne serait pas en cause, demander le renvoi de l'affaire devant l'autorité compétente. A cet effet, le préfet adressera au procureur du roi un mémoire dans lequel sera rapportée la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du litige. Le procureur du roi fera connaître, dans tous les cas, au tribunal, la demande formée par le préfet et requerra le renvoi, si la revendication lui paraît fondée. »

Cet article contient une importante innovation : la nécessité d'un déclinatoire. « Pour mieux saisir, » dit M. Taillandier (1), « en quoi consiste cette innovation, il faut rappeler en peu de mots la manière dont on procédait jusqu'ici en cette matière. Un préfet apprenait, soit par une partie intéressée, soit par le bruit public, ou par toute autre voie qu'une affaire qui lui paraissait administrative était soumise à la connaissance d'un tribunal, il prenait aussitôt un arrêté au moyen duquel il requérait qu'il fût sursis au jugement jusqu'à la décision du Conseil d'État sur la question de compétence. Cet arrêté de conflit, communiqué au tribunal par le ministère public paralysait son action, et, sans que le juge eût été mis à même de prononcer sur sa compétence, il se voyait ainsi enlever violemment une cause qu'il aurait peut-être renvoyée lui-même devant l'autorité administrative, s'il eût été averti des difficultés relatives à la compétence. Il est impossible de nier qu'il y eut dans cette manière de procéder, oubli de toutes les formes judiciaires et même violation de toutes les convenances sociales. » Il y avait là surtout oubli de la nature et du caractère du conflit. Le conflit étant une contradiction entre les deux pouvoirs, il est

(1) Taillandier, *Commentaire sur l'ordonnance de* 1828, p. 152.

Digitized by Google

nécessaire que l'autorité judiciaire ait refusé de se dessaisir d'une contestation revendiquée par l'autorité administrative pour qu'il y ait conflit; si le pouvoir judiciaire n'a pas été mis en demeure de statuer sur sa propre compétence, il y aura évocation et non conflit. Cette formalité offre encore l'avantage d'éclairer souvent l'administration par une discussion publique et contradictoire, et plus d'une fois les motifs sur lesquels le tribunal se fondait pour affirmer sa compétence, ont empêché le préfet de persister dans des prétentions mal fondées qui eussent échoué devant le juge des conflits.

Le système antérieur qui permettait d'arrêter l'affaire dès le début et épargnait ainsi aux parties les lenteurs et les frais de la procédure, rencontra dans M. de Cormenin un ardent défenseur. Mais la commission se sépara, sur ce point, de l'avis de son éminent rapporteur.

L'article 6 pose le principe. Si le préfet croit devoir revendiquer une contestation dont l'autorité judiciaire est saisie et qui lui semble rentrer dans la compétence administrative, il doit, avant tout, inviter le tribunal à se déclarer incompétent. C'est là le déclinatoire. Si l'arrêté de conflit n'a pas été précédé de cet avertissement nécessaire, il est nul. Cela ressort avec évidence des articles 5 et 6 combinés et l'on peut s'étonner de la fréquence des occasions qui ont obligé le Conseil d'État à appliquer cette règle.

Rien ne peut suppléer le déclinatoire. Quelques préfets avaient pensé pouvoir élever le conflit sans cette formalité, en se fondant sur ce que l'autorité judiciaire avait été mise en demeure, par une exception d'incompétence, de prononcer sur sa propre compétence et l'avait affirmée.

Digitized by Google

Le Conseil d'État a annulé ces arrêtés de conflit (1). En effet, c'est comme représentant de la puissance publique, dans l'intérêt de l'ordre et du maintien des compétences, qu'il agit en proposant le déclinatoire; l'exception d'incompétence, eût-elle été soulevée par le préfet lui-même, représentant du département ou de l'État, partie en cause, a un tout autre caractère. De même les conclusions du ministère public, tendant à ce que l'affaire soit renvoyée à l'autorité administrative, ne peuvent tenir lieu du déclinatoire (2).

Le déclinatoire peut être proposé au tribunal en tout état de cause, jusqu'à la décision définitive, moment où la revendication elle-même ne peut plus être exercée. Il est donc recevable après les plaidoiries des avocats; les conclusions du ministère public, après même que l'affaire a été mise en délibéré (29 juil. 1854, aff. Pallix).

Un jugement par lequel un tribunal se serait déjà déclaré compétent ne saurait empêcher le préfet de réclamer le renvoi (décret du 12 décembre 1868, aff. Clément et décision du 4 mai 1870). Il pourrait encore présenter son déclinatoire à un tribunal qui se serait déclaré compétent et connaîtrait de l'affaire après que son jugement sur sa propre compétence, porté en appel par une des parties, y aurait été confirmé (décret du 6 avril 1863; ville de Caen).

Lorsque dans une instance où le préfet demande le renvoi, il a été rendu un jugement préparatoire ou interlocutoire, le ministère public peut transmettre le déclinatoire,

(1) Décision du 6 mai 1848, Stègre; décret du 1er décembre 1859 et décision du 14 décembre 1872.

(2) Décision du 16 novembre 1854; ordon. du 3 mai 1839 et décision du 25 mars 1848.

Digitized by Google

sans être tenu d'attendre que les parties soient revenues devant les juges pour obtenir un jugement définitif (décision du Tribunal des conflits, 24 juillet 1851).

Quoique l'ordonnance de 1828 ne s'explique pas sur la revendication exercée devant les tribunaux d'appel, il n'est douteux pour personne que la formalité du déclinatoire s'impose comme en première instance. Les motifs de convenance que nous avons invoqués sont encore plus pressants et nous avons dit qu'il était nécessaire que le débat fût suscité pour qu'il y eût véritablement conflit.

Cependant l'article 8 de l'ordonnance prévoit une hypothèse dans laquelle le conflit peut être élevé sans que le déclinatoire ait été proposé devant la Cour. « Si le déclinatoire est rejeté, dans la quinzaine de cet envoi pour tout délai, le préfet du département, s'il estime qu'il y ait lieu, pourra élever le conflit. Si *le déclinatoire est admis, le préfet pourra également élever le conflit dans la quinzaine qui suivra la signification de l'acte d'appel, si la partie interjette appel de ce jugement.* »

Malgré cette disposition dont le sens ne paraît pas devoir être douteux, longtemps le Conseil d'État refusa à l'administration le droit d'élever le conflit, sans avoir au préalable mis, par un nouveau déclinatoire, la juridiction saisie de l'acte d'appel, à même de statuer sur sa compétence (ordonnances des 18 octobre 1833, 20 janvier, 20 avril et 10 décembre 1835, 26 mai 1837 et 20 avril 1840).

Cette jurisprudence fut renversée par un décret du Conseil d'État, en date du 22 mai 1840, qui reconnaissait, dans l'espèce qui nous occupe, le droit d'élever le conflit, sans déclinatoire nouveau. « Considérant, sur la régularité du conflit, que le déclinatoire a été proposé par le préfet devant le tribunal de Marseille : qui y a fait

Digitized by Google

droit par jugement du 17 août 1838; qu'appel ayant été interjeté de ce jugement, le préfet a élevé le conflit dans la quinzaine de la signification de l'acte d'appel et s'est ainsi littéralement conformé aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1er juin 1828. » Le Tribunal des conflits a depuis confirmé cette jurisprudence (décision du 1er janvier 1873, Pomereu c. l'État). On a tenté de justifier cette interprétation en disant qu'ainsi on évitait les lenteurs inutiles, sans froisser les susceptibilités de l'autorité judiciaire, puisque, dans cette hypothèse, c'est la décision même de cette autorité que l'administration protège contre l'appelant. Il est néanmoins manifeste que l'interprétation antérieurement admise était plus conforme à l'esprit général sinon à la lettre de l'ordonnance de 1828. Le Conseil d'État l'a si bien senti lui-même qu'il n'est pas allé jusqu'à imposer au préfet l'obligation d'élever le conflit dans ce cas, sans proposer un nouveau déclinatoire et pourtant telle aurait dû être la conséquence de sa nouvelle jurisprudence, car en matière de conflits les délais prescrits sont de rigueur, l'inobservation de ces délais emporte déchéance, et dès lors, si le conflit peut être élevé dans la quinzaine de l'acte d'appel, il doit l'être à peine de nullité. Depuis 1840, le Conseil d'État a autorisé les préfets qui avaient laissé écouler le délai de quinze jours à renouveler le déclinatoire sur l'appel du jugement de première instance qui y avait fait droit (1) (ordonnances des 20 août 1840 et 23 juillet 1841).

Lorsqu'un tribunal, faisant droit à un déclinatoire proposé, s'est déclaré incompétent et qu'opposition étant faite à cette décision, il intervient un jugement en sens

(1) Reverchon, *Diction. d'admin.*, mot *Conflit*.

Digitized by Google

contraire, le préfet n'est pas obligé, pour élever le conflit, de renouveler son déclinatoire (ord. du 6 mai 1835). En effet, l'autorité judiciaire a été mise en demeure de statuer sur sa compétence.

Le déclinatoire doit évidemment émaner du préfet qui seul a qualité pour élever le conflit. En 1839 (15 août), le Conseil d'État avait décidé que le déclinatoire irrégulièrement élevé par un préfet autre que celui du département, siège du tribunal saisi, c'est-à-dire par un préfet incompétent, pouvait dispenser le préfet compétent lorsqu'il prenait la suite de l'affaire en appel, de présenter lui-même un nouveau déclinatoire avant d'élever le conflit. Il se basait sur ce que l'attention de l'autorité judiciaire avait été appelée par l'administration sur sa compétence et que dès lors, le but de l'article 6 était atteint. C'était là une erreur évidente que le Conseil a condamné lui-même depuis (décision du 18 décembre 1848).

Le déclinatoire n'est soumis à aucune forme particulière : la seule condition imposée par l'article 6 est qu'il fasse *mention* (1) de la disposition législative sur laquelle il est fondé.

Le vœu de l'ordonnance est rempli quand l'autorité judiciaire est, par l'intermédiaire du procureur de la République, avertie que le préfet entend revendiquer la connaissance du litige dont elle est saisie. Le déclinatoire peut donc prendre soit la forme d'un mémoire (c'est celle que prévoit l'ordonnance), soit celle d'une lettre missive : il peut encore être présenté par voie d'arrêté motivé.

(1) Pour l'arrêté de conflit la disposition législative doit être textuellement insérée; dans le déclaratoire, il suffit qu'elle soit visée.

Digitized by Google

Les préfets ne sauraient trop soigner la rédaction du mémoire en déclinatoire. Le meilleur moyen de résoudre le conflit est évidemment de prouver au Tribunal son incompétence et pour cela d'exposer d'une manière complète tous les arguments qui militent en faveur de la prétention de l'administration. Ne voir dans le déclinatoire qu'une simple formalité, serait en même temps manquer aux égards dus à l'autorité judiciaire et s'écarter des intentions formelles du législateur (circulaire du ministre de l'Intérieur, 30 août 1826).

Il importe de remarquer que le droit du préfet n'est pas épuisé, lorsqu'il a signalé au tribunal son incompétence sur une des questions litigieuses; s'il s'aperçoit, postérieurement à la transmission de son premier mémoire, que l'affaire dont il n'avait revendiqué qu'une partie, doit tout entière être jugée par l'autorité administrative, nul doute qu'il ne puisse compléter, en ce sens, sa première demande.

C'est au procureur de la république ou au procureur général que le mémoire doit être adressé et non au Tribunal ou à la Cour. Il doit le faire directement et ne point remettre ce soin au sous-préfet de l'arrondissement où siège le tribunal. Cette transmission a une très sérieuse importance, car si la décision était rendue sans que le parquet eût été saisi du déclinatoire, le conflit ne pourrait plus être valablement élevé.

Le paragraphe 2° de l'article 6 porte : « Le procureur du roi fera connaître dans tous les cas au tribunal la demande formée par le préfet et requerra le renvoi, si la revendication lui paraît fondée. »

Deux obligations bien distinctes résultent pour le ministère public de cette disposition. Il est tenu dans tous les

Digitized by Google

cas de communiquer au tribunal le déclinatoire que le préfet lui a transmis, sans se constituer juge de l'opportunité ou du bien fondé de la demande. C'est là une première obligation stricte à laquelle il ne saurait se soustraire.

L'ordonnance de 1828 n'a fixé aucun délai pour cette communication, mais dans son esprit elle doit être faite sans retard. Des instructions en ce sens furent adressées aux parquets par une circulaire ministérielle du 15 décembre 1847. « Il arrive trop souvent, disait le garde-des-sceaux, qu'un temps considérable s'écoule soit entre la remise du déclinatoire ou de l'arrêté de conflit par le préfet aux officiers du parquet et la communication de ce déclinatoire ou de cet arrêté au Tribunal ou à la Cour, soit entre le dépôt de l'arrêté de conflit au greffe, ou au parquet et son envoi à la chancellerie. Je désire qu'à l'avenir ces retards soient évités avec soin et que, s'ils venaient à se produire dans quelques circonstances particulières, des explications me soient toujours données sur leurs causes. »

Si le ministère public s'abstenait de communiquer ce déclinatoire au tribunal, et si celui-ci, ignorant la prétention émise par le préfet, statuait au fond, le préfet pourrait valablement élever le conflit, nonobstant cette décision, jusqu'à l'envoi qui lui en serait fait et dans la quinzaine de cet envoi. Une omission volontaire ou involontaire de l'autorité judiciaire ne pourrait, en effet, paralyser l'exercice des droits dont l'administration est investie en cette matière, alors qu'elle a rempli toutes les formalités qui lui sont imposées.

Le rôle du ministère public est terminé par la communication qu'il a faite au tribunal, lorsque la revendication

Digitized by Google

administrative ne lui paraît pas fondée; au contraire, lui semble-t-elle légitime il donnera au préfet l'appui de sa parole et requerra le renvoi. Mais le procureur de la République n'est nullement tenu de se porter l'avocat de l'administration, organe de la loi, il ne doit puiser ses inspirations que dans sa conscience, et sa raison seule doit lui dicter son devoir.

La communication du déclinatoire doit être faite en audience publique : il faut en effet que la question de compétence soit débattue contradictoirement avec les parties, dans les formes et avec les garanties ordinaires. Elle ne serait faite en chambre du conseil que si l'affaire devait elle-même y être jugée.

Saisis par le déclinatoire de la demande du renvoi, les juges ne peuvent se refuser à statuer sur leur propre compétence. Mais s'ils écartaient le déclinatoire comme tardif ou irrégulier, le préfet n'aurait ni l'obligation ni le droit de provoquer un jugement sur la compétence même, il pourrait et devrait élever sans retard le conflit, car le tribunal a statué sur le déclinatoire en le repoussant (décision du 3 avril 1850).

Il importe de remarquer que le préfet, agissant comme représentant de la puissance publique et dans l'intérêt de la loi, n'a point à recourir au ministère d'un avoué ou à un avocat, pour se faire représenter devant le tribunal. Pour le même motif, le tribunal ne pourrait point, à raison de la demande de renvoi présentée par le préfet, le déclarer intervenant au procès et le condamner aux dépens, si son déclinatoire n'était pas accueilli (décis. de la com. provisoire, 21 octobre 1871, préfet du Gers). Le Tribunal des conflits prononcerait l'annulation d'un jugement, en tant qu'il contiendrait une condamnation de

Digitized by Google

cette nature, alors même que le conflit serait sans fondement. Un autre recours serait encore ouvert au préfet qui préférerait ne pas élever le conflit. Il devrait informer le garde-des-sceaux de la condamnation prononcée contre lui. Le ministre de la Justice inviterait le procureur général près la Cour de cassation, à déférer à la Cour suprême, conformément à l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII, ce jugement illégal, qui serait à coup sûr cassé pour excès de pouvoirs (arrêt de cassation du 26 mars 1834).

Mais, après avoir proclamé son incompétence, le jugement du tribunal condamnant une partie aux dépens serait parfaitement valable et ne pourrait servir de base à un arrêté de conflit (décret du 18 avril 1861).

Comment le préfet sera-t-il informé de la décision rendue sur son déclinatoire?

L'article 7 de l'ordonnance répond à cette question. « Après que le tribunal aura statué sur le déclinatoire, le procureur du roi, adressera au préfet, dans les cinq jours qui suivront le jugement, copie de ses conclusions ou réquisitions, et du jugement rendu sur la compétence. La date de l'envoi sera consignée sur le registre à ce destiné. »

Le délai de cinq jours imparti aux magistrats du parquet pour effectuer l'envoi du jugement, est souvent insuffisant. Ces retards proviennent toujours du temps assez long que nécessite la rédaction des qualités des jugements.

La copie des conclusions ou réquisitions du ministère public, qui doit être jointe à l'envoi du jugement servira, tantôt au préfet pour la rédaction de son arrêté de conflit, tantôt il réussira à l'éclairer et à lui faire abandonner sa prétention.

Digitized by Google

Aucune sanction légale n'est attachée au non accomplissement de l'envoi dans le délai prescrit; mais la négligence des parquets ne porte aucune atteinte aux droits de l'administration.

Les parquets de tous les tribunaux, tant de première instance que d'appel, doivent avoir un registre spécial destiné à faire connaître les diverses phases de la procédure. Il doit mentionner et constater les dates :

1° De l'envoi du déclinatoire au parquet;

2° De la communication de ce déclinatoire au tribunal et des réquisitions prises par le ministère public;

3° De l'envoi au préfet du jugement rendu sur le déclinatoire;

4° De la signification de l'acte d'appel, s'il y a eu appel;

5° Du dépôt de l'arrêté de conflit et du récépissé qui en est délivré;

6° De la communication de cet arrêté au tribunal;

7° Des réquisitions à fin de sursis et du jugement qui intervient;

8° Du rétablissement des pièces au greffe;

9° De l'avis donné aux parties, conformément à l'article 13.

10° De la remise des observations au parquet, s'il y a lieu;

11° Enfin, de l'envoi fait au ministère de la Justice, conformément à l'article 14 (circulaire du garde-des-sceaux, 5 juillet 1828).

On ne saurait raisonnablement contester l'utilité de ce registre : il sert à établir l'accomplissement des diverses formalités prescrites par l'ordonnance et à constater le point de départ des délais établis à peine de nullité :

Digitized by Google

ses énonciations peuvent donc quelquefois faire prononcer la déchéance du conflit (décret du 16 mai 1863). Le tribunal des conflits de 1848 était allé jusqu'à décider que les constatations de ce registre ne pouvaient être infirmées par la preuve acquise de leur inexactitude (décision du 18 avril 1850). Rien dans l'ordonnance, nous semble-t-il, n'autorise à leur donner une semblable valeur : au reste, un décret du Conseil d'État du 19 juin 1869 (mines de la Grand'Combe), a décidé, ce qui nous semble plus équitable, que les mentions du registre ne feraient foi que jusqu'à preuve contraire

Arrêté de conflit. — Si l'autorité judiciaire avertie de son incompétence par le déclinatoire, repousse la revendication de l'administration, le préfet peut prendre son arrêté de conflit. Il le peut encore dans le cas où le tribunal, ayant reconnu son incompétence et accueilli le déclinatoire, une partie a interjeté appel du jugement.

La procédure que devra suivre le préfet pour l'élévation du conflit est tout entière enfermée dans l'ordonnance de 1828.

« Article 8. Si le déclinatoire est rejeté dans la quinzaine de cet envoi (1) pour tout délai, le préfet du département, s'il estime qu'il y ait lieu, pourra élever le conflit. Si le déclinatoire est admis, le préfet pourra également élever le conflit dans la quinzaine qui suivra la signification de l'acte d'appel, si la partie interjette appel du jugement.

» Le conflit pourra être élevé dans ledit délai alors

(1) L'envoi au préfet du jugement statuant sur le déclinatoire, envoi que le procureur de la République doit faire conformément à l'article 7.

Digitized by Google

même que le tribunal aurait, avant l'expiration de ce délai, passé outre au jugement du fond.

» Art. 9. Dans tous les cas, l'arrêté par lequel le préfet élévera le conflit et revendiquera la cause, devra viser le jugement intervenu et l'acte d'appel s'il y a lieu; la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux y sera textuellement insérée.

» Art. 10. Lorsque le préfet aura élevé le conflit, il sera tenu de faire déposer son arrêté et les pièces y visées au greffe du tribunal.

» Il lui sera donné récépissé de ce dépôt sans délai et sans frais.

» Art. 11. Si dans le délai de quinzaine cet arrêté n'avait pas été déposé au greffe, le conflit ne pourrait plus être élevé devant le tribunal saisi de l'affaire.

» Art. 12. Si l'arrêté a été déposé au greffe en temps utile, le greffier le remettra immédiatement au procureur du roi, qui le communiquera au tribunal réuni dans la chambre du conseil et requerra que, conformément à l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III, il soit sursis à toute procédure judiciaire. »

Que le tribunal ait rejeté le déclinatoire, ou que l'ayant admis et ayant prononcé le renvoi, une partie ait interjeté appel, dans l'un comme dans l'autre cas, l'ordonnance de 1828 donne au préfet un délai de quinzaine pour élever le conflit. Mais dans chacune de ces deux hypothèses le point de départ de ce délai est différent. Si le déclinatoire a été rejeté, il court du jour de l'envoi au préfet de la décision de rejet, envoi imposé au ministère public. Au contraire, si le déclinatoire a été admis et appel interjeté le point de départ du délai est le jour de la signification de l'acte d'appel.

Digitized by Google

Sans revenir sur l'article 7, dont nous nous sommes déjà occupés, remarquons que l'envoi au préfet doit être fait directement, sans intermédiaire, et que c'est cet envoi et non l'arrivée des pièces à la préfecture qui fixe le point de départ du délai.

C'est dans la quinzaine à dater de l'envoi du jugement que le préfet peut élever le conflit et non dans les vingt jours qui suivent cette décision. Si le magistrat ne transmet pas le jugement rendu sur la compétence, dans les cinq jours, comme le lui prescrit l'article 7, on ne saurait opposer à l'administration l'inobservation de cette prescription et la validité d'un arrêté de conflit pris et déposé au greffe plus de vingt jours après le jugement, mais dans la quinzaine de l'envoi au préfet, serait hors de doute (décision du Trib. des conflits, 3 juillet 1850, ville de Vitré).

L'envoi du jugement par le ministère public peut seul faire courir ce délai : une partie en cause ne saurait prétendre atteindre ce résultat, par la signification qu'elle ferait au préfet de la décision rejetant son déclinatoire. D'autre part, si le préfet est certain que la décision du tribunal sur la compétence est intervenue, comme la seule condition requise pour lui permettre de prendre un arrêté de conflit est que le tribunal saisi se soit prononcé sur sa compétence, il ne sera aucunement tenu d'attendre que le ministère public lui ait transmis copie du jugement. Dès qu'il en connaît la teneur, il peut prendre son arrêté.

Aucune difficulté ne s'élève lorsque le déclinatoire, régulièrement transmis au tribunal a été formellement repoussé par le dispositif du jugement. Mais plusieurs hypothèses différentes peuvent se présenter. Il peut arriver que le tribunal ait statué sur la compétence sans

Digitized by Google

viser la demande de renvoi, ou encore que le ministère public, ayant omis de transmettre le déclinatoire, le tribunal ait procédé immédiatement au jugement, ou enfin, que le tribunal ait repoussé le déclinatoire comme irrégulier ou tardif.

Un seul et même principe a dicté la solution que la jurisprudence a donné à ces diverses hypothèses : l'autorité judiciaire a été mise en état et en demeure de statuer sur sa compétence, le vœu de l'ordonnance de 1828 est accompli; l'administration peut user de son droit (décision du 3 avril 1851 et décret du 25 mars 1852).

Si les juges ont ignoré la demande de l'administration par la faute ou la négligence du ministère public et dans leur ignorance ont statué sur le fond, il est juste que l'administration n'ait pas à souffrir d'une faute qui ne lui est pas imputable et que ses droits restent intacts. Mais si le préfet était averti que le procureur de la République se croit autorisé, au mépris de l'obligation que lui en fait l'article 6 de l'ordonnance, à ne pas soumettre son déclinatoire aux juges, il devrait, avant d'élever le conflit, en aviser le garde-des-sceaux qui assurerait par les mesures nécessaires, le respect dû à la loi.

Le déclinatoire n'obligeant pas le tribunal, comme le fait l'arrêté de conflit, à surseoir à toute procédure, il peut prendre les mesures d'instructions qu'il juge nécessaires et dans ce but, rendre des jugements préparatoires et interlocutoires. Si ces jugements prononçaient sur la compétence, assurément le conflit pourrait être élevé, mais l'arrêté préfectoral serait prématuré s'ils se taisaient sur cette question.

Il en est de même dans le cas où le tribunal ordonne soit une expertise dans une question possessoire, parce

Digitized by Google

que la possession ou le trouble est dénié, soit une visite des lieux, dans une demande en réparation de dommages causés par l'exécution de travaux publics, pour se rendre compte si les dommages sont temporaires ou permanents, dans ces diverses espèces le conflit ne pourrait être élevé (ordon. du 19 décembre 1821 et du 11 juillet 1845; décret du 5 janvier 1860).

Le préfet ne pourrait pas davantage prendre un arrêté de conflit à la suite d'une décision par laquelle, le tribunal ajournant son jugement sur le déclinatoire, aurait prononcé seulement sur une question de qualités, ordonnant, par exemple, la mise en cause du préfet à l'effet de soutenir les droits du fisc engagés dans l'instance, sous la réserve de tous droits, actions et exceptions des parties, même de celles de compétence (ordonnance du 8 novembre 1829).

Il en serait encore de même dans le cas où le tribunal aurait renvoyé une commune, une fabrique ou un hospice à se pourvoir auprès du Conseil de préfecture d'une autorisation d'ester en justice, au moins sur la question de compétence (ordonnance du 4 juillet 1837), ou dans le cas où les parties seraient renvoyées devant les tribunaux administratifs pour obtenir la solution d'une question préjudicielle du ressort de l'administration (ordonnance du 27 février 1836).

L'arrêté de conflit ne devrait pas encore être élevé si les juges ont seulement décidé qu'il n'y a pas, pour eux, lieu à statuer sur la contestation portée devant eux, par exemple, lorsqu'une Cour d'appel, laissant de côté le déclinatoire déclare l'appel non recevable (ordonnance du 31 décembre 1844).

A bien plus forte raison ne pourrait-il y avoir lieu à

Digitized by Google

aucun conflit, si le tribunal n'avait point rendu de jugement (ordonnance du 3 décembre 1831).

Le deuxième paragraphe de l'article 8 prévoit une seconde hypothèse, qui nous a déjà occupés : le tribunal, faisant droit aux revendications administratives, s'est déclaré incompétent et l'une des parties en cause a interjeté appel du jugement. Le préfet peut alors élever le conflit dans la quinzaine qui suit la signification de l'acte d'appel. Nous avons dit, que dans ce cas spécial, depuis 1840, la jurisprudence permet au préfet d'élever le conflit sans l'obliger à présenter préalablement un nouveau déclinatoire. Il y a là pour lui une faculté et non une obligation; il pourrait, à son gré, tenter d'obtenir le renvoi du tribunal d'appel en le saisissant à son tour par un nouveau déclinatoire de la question de compétence déjà tranchée par le tribunal de première instance.

On peut se demander comment le préfet connaîtra la date de la signification de l'acte d'appel? date qui fait courir le délai utile pour prendre l'arrêté de conflit. Aucune difficulté, si le préfet était partie en cause, car alors l'appel a dû lui être signifié. Mais la question devient plus douteuse si, étranger au procès de première instance, il n'y a figuré que pour demander le renvoi, comme représentant de la puissance publique. Suivant certains auteurs, le délai de quinzaine courrait alors du jour où l'appelant a signifié son appel à l'intimé; suivant d'autres, son point de départ serait une notification spéciale qui devrait être faite au préfet : le Conseil d'État a adopté ce dernier sens (ordonnance du 30 août 1847). Rien dans l'ordonnance ne nous paraît justifier cette solution qui aggrave pour les parties les frais de la procédure. Au reste, l'intimé donnera presque toujours connaissance

Digitized by Google

au préfet de l'appel qui lui est signifié, et celui-ci, s'il apprend d'un autre côté, que par la notification de l'une des parties, que l'appel a été formé, pourrait prendre valablement un arrêté de conflit.

M. Boulatignier (1) fait remarquer avec raison que cette question n'a pas tout l'intérêt qu'elle paraît avoir, car, si le préfet a laissé écouler le délai sans agir, il pourra toujours intervenir avant toute décision définitive, à la seule condition de renouveler son déclinatoire devant le tribunal d'appel.

Dans le délai de quinzaine que l'article 8 de l'ordonnance de 1828 impartit pour élever le conflit, le préfet a une seconde obligation à remplir sous peine de déchéance; c'est le dépôt au greffe de son arrêté de conflit. Cette obligation résulte de l'article 10, ainsi conçu : « Lorsque le préfet aura élevé le conflit, il sera tenu de faire déposer son arrêté et les pièces y visées au greffe du tribunal; » et de l'article 11 : « Si dans le délai de quinzaine cet arrêté n'avait pas été déposé au greffe, le conflit ne pourrait plus être élevé devant le tribunal saisi de l'affaire. »

Quelques auteurs ont soutenu que le délai dont parle l'article 11 était un délai nouveau qui devait s'ajouter à celui de l'article 8, et non se confondre avec lui : suivant cette doctrine, le préfet aurait un premier délai de quinze jours pour prendre son arrêté, et un second de même durée pour en faire le dépôt. On se fondait pour soutenir cette opinion sur ce que, si les délais étaient confondus, l'administration n'aurait pas en réalité, pour prendre parti, la quinzaine dont parle l'article 8.

(1) *Dictionnaire général d'administration* de Blanche, mot *Conflit*, p. 491.

Digitized by Google

Telle n'était certainement pas la pensée des auteurs de l'ordonnance. M. Taillandier dit formellement : « L'un des principaux remèdes que le Gouvernement a voulu apporter aux abus du conflit, c'est d'empêcher que les longs délais auxquels il avait souvent donné lieu jusqu'ici puissent se renouveler. Or le délai de quinzaine, tant pour élever le conflit que pour en donner communication, a dû paraître suffisant. » Il ajoute que dans le projet d'ordonnance, remis au garde-des-sceaux, on lisait à l'article 11 : « Si dans *ce* délai de quinzaine. » Si le Gouvernement avait voulu accorder un second délai, il ne se serait pas contenté de faire connaître son intention par une aussi légère modification de texte. D'ailleurs, grammaticalement, l'expression *le délai* se rapporte à un délai dont il a été déjà parlé, le délai de l'article 8. La jurisprudence a confirmé par de nombreuses décisions cette interprétation, et l'on peut s'étonner du nombre considérable de conflits, qui ont été annulés pour dépôt tardif au greffe (1).

La déchéance du droit de revendication est la sanction de l'inobservation du délai imparti par les articles 8, 10 et 11. « Le conflit ne pourrait plus être élevé devant le tribunal saisi de l'affaire » (art. 11). Cette formule, exacte lorsque le conflit est élevé à la suite d'une décision rejetant le déclinatoire, ne s'applique pas au cas où l'arrêté de conflit serait pris à la suite de l'appel interjeté par une des parties. Nous avons vu déjà que, dans cette hypothèse, le préfet, bien qu'il n'ait pas agi dans la quinzaine de la signification de l'acte d'appel, pourrait exercer la

(1) Ordonnances des 23 juillet 1841 et 25 avril 1845; décrets des 25 novembre 1852, 1er décembre 1853 et 13 décembre 1861.

Digitized by Google

revendication devant la Cour à condition de renouveler son déclinatoire. La seule déchéance que subisse l'administration dans ce cas est la perte du droit d'élever directement le conflit, *sans la formalité du déclinatoire :* le droit en lui-même n'est pas atteint.

Le droit d'élever le conflit perdu par la négligence du préfet qui a omis de déposer son arrêté en temps utile, renaîtrait devant la Cour d'appel si le jugement en premier ressort était attaqué.

Comment doit-on calculer le délai que l'ordonnance accorde au préfet pour prendre son arrêté et le déposer au greffe? L'article 8 porte : « Si le déclinatoire est rejeté, dans *la quinzaine* de cet envoi..... le préfet pourra élever le conflit. Si le déclinatoire est admis, le préfet pourra également élever le conflit dans la *quinzaine* qui suivra la notification de l'acte d'appel... »

Le préfet a donc, non pas quinze jours francs, mais un délai de quinzaine. Le jour de l'envoi ne compte pas dans ce délai (1), tandis que le dernier jour de la quinzaine doit y être compris (2). Par conséquent l'arrêté doit être déposé au plus tard le quinzième jour après celui de l'envoi ou de la signification. Un arrêté déposé au greffe, alors que, entre la date de l'envoi du jugement au préfet ou de la signification de l'acte d'appel et l'acte de dépôt quinze jours se seraient écoulés, non compris celui de l'envoi ou de la signification et celui du dépôt, serait annulé comme tardivement déposé. Les jours fériés doivent être comptés dans le calcul du délai de quinzaine, en sorte que si le quinzième jour était soit un dimanche, soit un jour de

(1) Ordonnances des 23 juillet 1841 et 7 août 1843; décret du 16 février 1860.

(2) Ordonnance du 31 décembre 1843.

Digitized by Google

fête, le dépôt devrait être effectué le quatorzième jour au plus tard (décret du 12 janvier 1857).

L'arrêté de conflit, pas plus que le déclinatoire n'est assujetti à aucune forme sacramentelle. Assurément il est préférable qu'il soit rédigé dans la forme d'un arrêté motivé : c'est au reste celle que prévoit l'article 9 de l'ordonnance : « dans tous les cas l'*arrêté* par lequel, etc..... »

Deux conditions sont strictement imposées au préfet par cet article; son arrêté doit 1° viser les jugements intervenus et l'acte d'appel s'il y a lieu, et 2° la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux doit y être textuellement insérée.

Il suffit pour que la première de ces conditions soit remplie, que l'arrêté vise les jugements et l'acte d'appel avec une clarté suffisante pour qu'aucun doute ne soit possible. De nombreuses décisions ont déclaré réguliers des arrêtés contenant une inexactitude, soit sur le tribunal auquel il était adressé, soit sur le nom des parties, soit même quelquefois sur l'objet de la revendication, alors d'ailleurs, qu'aucune méprise n'était possible pour les juges.

La partie la plus importante de cet article, dit M. Taillandier (1), est celle qui oblige le préfet à insérer textuellement dans son arrêté de conflit, la disposition législative qui attribue, suivant lui, à l'administration la connaissance du point litigieux. La commission n'a pas voulu, en effet, que le préfet pût se fonder vaguement sur les lois des 16-24 août 1790, sur celle du 21 fructidor an III, ou sur l'arrêté du 13 brumaire an X, pour motiver un arrêté de conflit. Il faudra donc que le préfet rapporte nettement

(1) *Commentaire sur l'ordonnance du* 1er juin 1828, p. 167.

Digitized by Google

la loi qui aura attribué la matière dont il s'agit à l'administration.

Suivant M. Boulatignier, la stricte application de cette disposition est pratiquement impossible : « Il y a, dit-il, un assez grand nombre de cas dans lesquels la revendication administrative la plus légitime ne s'appuie que sur le principe général de l'indépendance de l'autorité administrative vis-à-vis de l'autorité judiciaire; c'est ce qui arrive notamment, lorsque la revendication se fonde sur ce que la contestation portée devant les tribunaux se trouve déjà vidée par des décisions administratives antérieurement rendues, ou bien encore sur ce qu'il s'agit de faire déterminer le sens et les effets d'actes administratifs (1). »

Il est probable que les auteurs de l'ordonnance de 1828, en posant cette règle absolue, ont cédé à l'influence d'une fausse doctrine, alors très répandue, et dont on trouve actuellement encore quelques traces. Ils ont considéré la juridiction administrative comme une juridiction exceptionnelle, constituée aux dépens de celle des tribunaux civils et investie d'attributions qui, à défaut de lois spéciales et expresses, appartiendraient à ces tribunaux (2). Sans doute, quelques lois spéciales ont appelé la justice administrative à connaître, dans des circonstances déterminées de question, qui, par leur nature, seraient dévolues à la justice civile (vente de biens nationaux, contraventions de grandes voiries, etc.), mais le fond même de la compétence administrative est à coup sûr tout différent, et nous avons vu, dans les notions

(1) *Op. cit.*, p. 561.
(2) M. Reverchon, mot *Conflit*, p. 558.

Digitized by Google

historiques, que bien avant la création de nos tribunaux administratifs les matières contentieuses, qui de nos jours forment leur compétence, n'étaient pas déférées aux tribunaux civils.

Le Conseil d'État a décidé, dans deux ordonnances du 14 octobre 1836 et du 25 février 1841, que le vœu de l'article 9 était satisfait par l'insertion textuelle de l'article 13, titre II de la loi des 16-24 août 1790 et de la loi du 16 fructidor an III.

D'ailleurs, l'application trop rigoureuse de la disposition de l'article 9 conduirait souvent à des résultats absurdes : on serait amené à annuler des arrêtés de conflits qui énonceraient une disposition législative étrangère à la matière, alors que la revendication serait légitimement fondée. Si, par exemple, un préfet, dans une affaire de travaux publics, omettait de transcrire l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII et fondait sa revendication sur un texte différent, elle devrait être écartée. Remarquons encore, avec M. Reverchon, que l'ordonnance de 1828 n'impose pas et ne pouvait pas imposer au préfet l'obligation de transcrire le texte qui établit effectivement la compétence administrative, elle lui prescrit seulement de transcrire le texte sur lequel, à son avis, repose cette compétence. S'il a satisfait à cette prescription, le confiit est régulier en la forme, quand bien même la citation qu'il a faite serait erronée : l'article 9 lui trace une règle destinée à assurer la maturité de son examen, il n'en fait pas une condition de la validité extrinsèque du conflit.

De nombreux arrêts de jurisprudence décident que la simple indication des textes législatifs suffit pour satisfaire aux dispositions de l'article 9. Ces décisions prêtent

Digitized by Google

à la critique, suivant nous, car l'article 9 exige une transcription complète et non un simple visa, et l'on devait se borner à dire que cette inobservation n'était pas de nature à entraîner l'annulation du conflit.

En principe, le préfet doit prendre autant d'arrêtés qu'il y a d'instances à revendiquer. Néanmoins, le Conseil d'État a validé des arrêtés (1) comprenant plusieurs affaires, lorsque toutes avaient un même et unique objet. Mais en écartant le moyen de nullité proposé, le Conseil a nettement indiqué qu'un procédé différent eût été préférable.

Le préfet n'ayant pas qualité pour donner des ordres à l'autorité judiciaire, doit s'abstenir d'insérer dans son arrêté de conflit des dispositions impératives : il ne peut donc inviter un tribunal à surseoir à toute procédure, ordonner l'exécution provisoire du jugement déjà rendu, etc. L'annulation de tels arrêtés pour excès de pouvoirs serait certainement prononcée.

On s'est demandé si le préfet pouvait dans son arrêté de conflit étendre sa revendication au delà des termes de son déclinatoire. La question a été affirmativement résolue par le Conseil d'État, mais elle n'offre que peu d'intérêt; en effet, le Tribunal des conflits, régulateur souverain, saisi par l'arrêté de conflit de la question de compétence, n'est pas lié par la revendication du préfet, dont il peut à son gré étendre ou restreindre les termes.

L'article 10 de l'ordonnance dit expressément que le dépôt de l'arrêté de conflit doit être fait au greffe, qu'on en délivrera un récépissé sans délai et sans frais. La

(1) Ordonnance du 30 août 1845, décisions du 3 janvier 1851 et du 17 janvier 1874.

Digitized by Google

nullité, attachée comme sanction ou non accomplissement de cette formalité lui donne une importance exceptionnelle.

Malgré la précision des termes de cet article, le Conseil d'État a admis la validité d'un arrêté envoyé directement au parquet, dans le délai de rigueur (décret du 12 février 1870). On peut justifier cette interprétation, en disant que le procureur de la République étant chargé de porter l'arrêté à la connaissance du tribunal, le greffier, simple intermédiaire entre l'administration et le chef du parquet, peut être supprimé sans inconvénient. L'intention des auteurs de l'ordonnance, que la revendication soit le plus tôt possible communiquée aux magistrats recevra ainsi pleine satisfaction.

Cependant la stricte observation de la lettre de l'ordonnance a paru, à bon droit, préférable au ministre de l'Intérieur, qui a engagé les préfets à s'y conformer. En effet, le greffier devant délivrer récépissé du dépôt, l'administration a dans cette pièce un moyen facile et sûr de faire la preuve du jour où il a été effectué.

Au greffe de quelle juridiction doit être fait ce dépôt? Aucune difficulté si le conflit est élevé devant le tribunal qui a repoussé le déclinatoire. Mais la question est plus délicate si la revendication se produit sur l'acte d'appel et la jurisprudence a varié sur ce point. En 1834, le Conseil d'État avait décidé que c'était encore au greffe du tribunal qui s'était prononcé sur le déclinatoire, que le dépôt devait être fait. Ce système avait le mérite de se mieux concilier avec l'obligation imposée aux magistrats du parquet, par les articles 13 et 14 de l'ordonnance, de prévenir les avoués des parties et de transmettre au juge des conflits des observations sur la prétention de l'admi-

Digitized by Google

nistration ; or, il est probable que les parties n'ont point encore constitué avoués devant la Cour au moment du dépôt, et il est à peu près impossible qu'à ce même moment le procureur général soit renseigné sur l'affaire.

Une ordonnance du 23 avril 1840, fut le point de départ d'un revirement complet dans la jurisprudence. Elle posait en principe, que le tribunal d'arrondissement étant dessaisi, c'était au greffe de la Cour que devait être effectué le dépôt. Ce système, qui a pour lui la logique, nous semble préférable. Le tribunal ayant fait droit à la demande de renvoi n'a aucun intérêt à connaître l'arrêté de conflit, tandis qu'il est fort intéressant pour les juges que l'appel vient de saisir, de savoir que l'administration revendique la connaissance de cette cause. En effet, l'ordonnance impose aux juges saisis de surseoir à toute procédure. Les articles 13 et 14 recevront encore leur application à laquelle veillera le procureur général. Il lui sera facile de transmettre au Tribunal des conflits son avis éclairé sur la revendication, en demandant un rapport au procureur de la République qui est au courant de l'affaire.

De nombreuses décisions ont depuis 1840 consacré ce système (1).

Là s'arrête l'exception au principe que le dépôt doit être opéré au greffe de la juridiction qui a statué sur le déclinatoire. Aussi, le Conseil d'État a-t-il jugé que la Cour ayant rejeté la demande de renvoi dont elle était saisie, et renvoyé les parties devant un Tribunal de première instance, pour voir juger le fond, c'est au greffe de la Cour et non à celui du nouveau tribunal saisi que doit être fait le dépôt (décret du 25 avril 1859).

(1) Ordonnance du 22 avril 1842, et décision du 17 janvier 1875.

Digitized by Google

A l'arrêté dont il opère le dépôt, le préfet doit, pour se conformer au texte de l'article 10, joindre les pièces qui y sont visées, mais il n'est pas tenu de faire davantage, et on ne saurait exiger de lui que les pièces mentionnées dans celles que vise l'arrêté soient également déposées.

Le Conseil d'État a décidé que l'article 11, qui établit le délai de rigueur, n'ayant exigé que le dépôt de l'arrêté, n'est pas applicable aux pièces visées et que dès lors, elles pourront utilement être produites jusqu'à la décision du tribunal des conflits (1).

Ce système me paraît en opposition formelle avec les dispositions de l'ordonnance. Pour le soutenir, on détache l'article 11 de l'article 10 de l'ordonnance, et on en fait deux dispositions distinctes. Mais il existe entre ces deux articles une corrélation indéniable, l'article 11 établissant une sanction pour le dépôt exigé par l'article 10, dépôt qui selon cet article comprend avec l'arrêté les pièces qui y sont visées. De plus, le système adopté par la jurisprudence rend inappliquable la disposition de l'article 13, qui prescrit que « l'arrêté et les pièces seront rétablies au greffe, où ils resteront déposés pendant quinze jours » après avoir été communiqués au tribunal par le chef du parquet. Par cette disposition, les auteurs de l'ordonnance ont voulu permettre aux parties intéressées de prendre connaissance des pièces sans déplacement; que devient cette prescription si, comme le dit le Conseil d'État, elles peuvent utilement être produites jusqu'à la veille de la décision?

L'article 12, § 2, dispose qu'il doit être délivré au préfet, lors du dépôt de son arrêté, un récépissé sans délai

(1) Ordonnance du 7 août 1843.

Digitized by Google

et sans frais. Nous avons déjà signalé l'utilité de cette mesure, qui mettra entre les mains de l'administration, en cas de contestation, devant le Tribunal des conflits la preuve que son arrêté a été déposé en temps utile.

Une circulaire du garde-des-sceaux, en date du 5 juillet 1828, fait remarquer que le récépissé étant sans frais, doit être dressé sur papier libre. Si un greffier avait dressé un acte de dépôt, les frais en resteraient à sa charge. La même circulaire exprime le désir que le récépissé soit visé par le chef du parquet : c'est là assurément une recommandation excellente, mais ce visa n'ayant pas été exigé par l'ordonnance, le récipissé sur lequel il n'aurait pas été apposé, aurait toute sa valeur au point de vue de la preuve du dépôt.

Le garde-des-sceaux prescrit encore dans cette même instruction d'autres formalités. Mention doit être faite sur le registre spécial tenu au parquet du dépôt de l'arrêté de conflit et du récépissé. Remarquons encore que cette énonciation n'est pas prescrite par l'ordonnance, comme l'est celle de la date de l'envoi du jugement rendu sur le déclinatoire (art. 7). Si la date portée sur le registre différait de celle mentionnée sur le récépissé c'est celle-ci qui ferait foi, la preuve contraire demeurant admise à l'encontre de la première.

Une circulaire plus récente du ministre de l'Intérieur (1873), prévoyant le cas où le récépissé ne pourrait être délivré au moment même du dépôt, mérite d'être citée. « Il peut se faire que le jour où l'arrêté de conflit parvient au greffe, soit un jour férié ou que le greffe soit fermé à l'heure de l'arrivée du courrier et de la distribution des dépêches. Si le délai pour le dépôt est près d'expirer il est très important de constater la date à la-

Digitized by Google

quelle la dépêche, qui contient l'arrêté de conflit, a été présentée au greffe. Le greffier doit avoir soin dans ce cas de conserver l'enveloppe de cette dépêche et de la joindre à l'arrêté de conflit (*Bulletin officiel du ministère de l'Intérieur,* 1873, p. 499).

» Si l'arrêté a été déposé au greffe en temps utile, le greffier le remettra au procureur du roi, qui le communiquera au tribunal réuni dans la chambre du conseil et requerra, que conformément à l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III, il soit sursis à toute procédure judiciaire » (art. 12).

Aussitôt que le greffier a entre les mains l'arrêté de conflit, il doit le remettre au chef du parquet, pour que celui-ci le porte au plus tôt à la connaissance des juges.

M. Duvergier fait remarquer avec juste raison, que la rédaction de l'article 12 a certainement trahi la pensée des auteurs de l'ordonnance. Il semble, en effet, conférer au greffier le droit de décider si l'arrêté a été déposé en temps utile. Il est hors de doute qu'un tel pouvoir ne saurait, en aucun cas, appartenir à ce fonctionnaire; la question de savoir si le délai prescrit a été observé est des plus délicates, le ministère public ne peut s'en constituer juge, à plus forte raison la solution n'appartient-elle pas au greffier.

Aucun délai n'est accordé au greffier pour transmettre l'arrêté de conflit au chef du parquet, ni à celui-ci pour le faire connaître au tribunal : cette communication doit avoir lieu immédiatement. Elle doit être faite en chambre du conseil. « C'est un motif de convenances et d'égards pour la magistrature, dit M. Taillandier (1), qui a porté la

(1) *Commentaire sur l'ord. de* 1828, p. 171.

Digitized by Google

commission de 1828 à adopter cette disposition. En effet, on fit observer qu'il était dérisoire que ce fût en audience publique et au moment où les juges sont saisis d'une affaire que l'on vînt ainsi leur en arracher la connaissance. Il a donc paru plus convenable d'obliger le ministère public à communiquer l'arrêté de conflit au tribunal réuni en chambre du conseil. »

Le tribunal n'ayant aucun jugement à rendre, le défaut de publicité n'offre aucun inconvénient.

Le procureur de la République, en communiquant aux magistrats l'arrêté de conflit, doit, dit l'article 12, requérir que conformément à l'article 27 de la loi du 21 fructidor an. III, il soit sursis à toute procédure. Cet article 27 porte : « En cas de conflit d'attributions entre les autorités administrative et judiciaire, il sera sursis jusqu'à la décision du ministre, confirmée par le Directoire exécutif qui en référera, s'il est besoin, au Corps législatif. »

L'article 3 de l'arrêté de brumaire an X rappela la même disposition. Il exigeait que la notification de conflit fût faite au tribunal « avec déclaration qu'aux termes de l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III, il doit être sursis à toute procédure judiciaire jusqu'à ce que le Conseil d'État ait prononcé sur le conflit. »

Lors de l'ordonnance de 1828, la décision du Directoire, prise sur l'avis du ministre était remplacée par une ordonnance royale rendue sur l'avis du Conseil d'État. Elle l'est actuellement par une décision du Tribunal des conflits. Si l'autorité chargée de statuer sur les luttes de compétence, a varié, le principe est toujours le même. Dès que le conflit est élevé, le tribunal est lié, il doit donner acte de la communication qui lui est faite et prononcer le sursis. Non-seulement il ne peut plus statuer

Digitized by Google

sur le fond, mais il ne peut même pas prescrire des mesures de nature à modifier la situation respective des parties. D'ailleurs, rien ne s'oppose à ce que le tribunal ordonne les mesures conservatoires qui lui paraîtraient utiles, à la condition que ces mesures ne préjugent pas la solution du fond?

L'arrêté de conflit dessaisit à ce point les juges qu'ils ne seraient plus fondés à prendre une décision par laquelle ils se déclareraient incompétents. Cette hypothèse pourrait se présenter spécialement dans le cas où l'arrêté de conflit est pris sur l'appel notifié à la Cour par une des parties. La Cour peut avoir le désir d'établir qu'elle ne s'oppose pas aux revendications administratives, mais le texte de la loi du 21 fructidor an III, me semble interdire formellement une telle décision.

Le dépôt de l'arrêté de conflit ayant été régulièrement opéré, si le greffier ne l'avait pas transmis au parquet, ou si le procureur de la République ne l'avait pas transmis aux juges, qu'adviendrait-il du jugement rendu par le tribunal? Il est hors de doute que cette décision serait illégale. En effet, ce n'est pas la notification de l'arrêté de conflit, mais son existence même qui oblige les juges à surseoir. Le dépôt de cet acte dessaisit le tribunal qui, dès lors, ne peut plus valablement statuer (ordonnance du 29 avril 1843).

L'article 128 du Code pénal prononce une sanction contre les juges qui ont passé outre à l'obligation de surseoir : « Les juges qui sur la revendication formellement faite par l'autorité administrative, d'une affaire portée devant eux, auront néanmoins procédé au jugement avant la décision de l'autorité supérieure, seront punis chacun d'une amende de seize francs au moins et de cent cin-

Digitized by Google

quante francs au plus. — Les officiers du ministère public qui auront fait des réquisitions ou donné dès conclusions pour ledit jugement seront punis de la même peine. »

Il est sans exemple que cette disposition pénale ait été appliquée. Les luttes ardentes des parlements et des autorités administratives ne se sont pas renouvelées entre les deux pouvoirs judiciaire et administratif, grâce à la sagesse, à la science et à l'impartiale équité de notre magistrature. Il a pu arriver quelques cas où les tribunaux ne se sont pas conformés à la prescription qui leur est faite de surseoir, mais toujours leur décision était justifiée par une erreur de fait ou par une inexacte interprétation de la loi.

Le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont eu recours à une autre sanction qui n'est écrite dans aucun texte législatif : ils ont prononcé la nullité des décisions prises après le dépôt de l'arrêté de conflit. Cette nullité, disent-ils, est la conséquence naturelle de l'article 27 de la loi du 21 fructidor an III.

La question de savoir si un tribunal devant lequel est pris un arrêté de conflit peut apprécier la validité de cet acte et passer outre s'il est irrégulier a soulevé une vive controverse.

Des auteurs éminents et notamment MM. Duvergier, Laferrière et Foucart ont soutenu l'affirmative (1). Il serait inadmissible, suivant leur doctrine, que des revendications exercées en dehors des cas et formes prévus par l'ordonnance du 1er juin 1828, puissent entraver le cours de la justice, quand cette ordonnance a spécialement voulu

(1) Duvergier, *Notes sur l'ordonnance de* 1828; Laferrière, tome II, liv. II, 3e partie; t. III, p. 735; Foucart, t. III, n° 1123.

Digitized by Google

protéger le pouvoir judiciaire contre l'usage abusif des conflits. Les partisans de cette opinion ont nettement formulé le droit de contrôle qu'ils accordent à l'autorité judiciaire et ont précisé les cas dans lesquels le tribunal pourrait passer outre à l'arrêté du préfet. Il le pourrait, pensent-ils, si le conflit était élevé 1° en matière criminelle; 2° en matière correctionnelle hors les cas prévus par l'article 2; 3° pour faute d'autorisation ou pour faute d'accomplissement des formalités à remplir préalablement devant l'administration; 4° contre les jugements définitifs; 5° après l'expiration du délai de quinzaine; 6° sans viser le jugement intervenu sur la compétence ou l'acte d'appel ou sans citer textuellement la disposition législative qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux.

Parmi les partisans de ce système, plusieurs se bornent à le soutenir seulement pour les cas où le conflit n'a pas été élevé dans les formes ou de la manière déterminée par l'ordonnance. Ils ne reconnaissent pas au tribunal qualité pour juger si l'arrêté a été pris dans une matière où il ne pouvait l'être valablement. Cette distinction est inadmissible. Les dispositions des articles 2 et 3 ont tout aussi bien pour but que celles des articles 8 et 9 de protéger l'autorité judiciaire et il n'y a aucune raison pour permettre à un tribunal de passer outre à un arrêté qui lui semble irrégulièrement pris alors qu'on ne l'autorise pas à surseoir lorsque la revendication est exercée en matière criminelle ou après une décision passée en force de chose jugée.

Ce système qui prétend assurer à l'autorité judiciaire l'exercice paisible et régulier de ses attributions, ne tient aucun compte du principe de la séparation des pouvoirs.

Digitized by Google

L'arrêté du préfet, qu'il prend comme représentant de l'État, puissance publique, est éminemment un acte administratif; or, les actes de cette nature échappent à la connaissance de l'autorité judiciaire qui n'en pourrait connaître, sans excéder ses pouvoirs. D'ailleurs, les textes sont précis, la loi du 21 fructidor an III, l'arrêté du 13 brumaire an X, l'article 12 de l'ordonnance de 1828, et l'article 128 du Code pénal, ordonnent d'une manière absolue, sans distinction aucune de surseoir à toute procédure. Sans doute l'ordonnance de 1828 a voulu écarter les prétentions exagérées de l'administration, mettre fin à l'abus des conflits et dans ce but, elle prononce la nullité des arrêtés pris contrairement aux dispositions qu'elle formule et en dehors des formes et des délais qu'elle établit; mais elle réserve au juge souverain des compétences, de statuer sur les prétentions des deux autorités. La jurisprudence est entièrement fixée en ce sens et souvent, tout en annulant un arrêté de conflit, elle a déclaré nul un jugement rendu par le tribunal qui n'avait pas cru devoir surseoir.

Le conflit une fois constitué cesse d'appartenir au préfet, il tombe et demeure dans la compétence exclusive du juge souverain des conflits. Dès lors seraient nulles, non-seulement les décisions sur le fond rendues par une juridiction administrative, mais encore toutes celles qui auraient pour effet de modifier la situation respective des parties (ordonnance du 19 janvier 1825). Le préfet, par le même motif, ne pourrait valablement ni restreindre ni éteindre le conflit par un second arrêté. Il ne pourrait pas davantage rapporter son arrêté, même dans le cas où il reconnaîtrait le mal fondé de sa revendication. On pourrait craindre, si ce pouvoir leur était laissé, que les

Digitized by Google

préfets ne cherchassent dans le conflit un moyen dilatoire.

Quelques préfets, devant le refus d'un tribunal de surseoir, ont cru nécessaire de prendre un second arrêté de conflit pour confirmer le premier. L'autorité souveraine en cette matière, pouvant déclarer la nullité d'un jugement ainsi rendu en violation de la loi du 21 fructidor an III, a toujours proclamé l'inutilité de ce second arrêté préfectoral, et comme tel l'a déclaré non avenu (ordonnances des 25 avril 1828 et 15 décembre 1842).

§ V. *Autorité compétente pour statuer sur le conflit. Procédure à suivre devant cette autorité.*

Le conflit, étant constitué et ayant été notifié au pouvoir judiciaire, est transmis à l'autorité qui prononce souverainement entre l'administration et les tribunaux ordinaires. Nous allons successivement examiner quelle procédure on doit suivre pour saisir cette autorité du conflit, quelle est cette autorité, et enfin le mode de procéder devant elle pour arriver au règlement du conflit.

L'ordonnance du 1er juin 1828 détermine, dans ses articles 13 et 14, la procédure à suivre pour soumettre l'arrêté de conflit à l'autorité chargée de statuer. — « Art. 13. Après la communication ci-dessus (1), l'arrêté du préfet et les pièces seront rétablis au greffe où ils resteront déposés pendant quinze jours. Le procureur

(1) Communication de l'arrêté de conflit que le procureur de la République doit faire au tribunal en chambre du conseil.

Digitized by Google

du roi en préviendra de suite les parties ou leurs avoués, lesquels pourront en prendre communication sans déplacement et remettre, dans le même délai de quinzaine, au parquet du procureur du roi, leurs observations sur la question de compétence, avec tous les documents à l'appui. »

« Art. 14. Le procureur du roi informera immédiatement notre garde-des-sceaux, ministre secrétaire d'État au département de la Justice, de l'accomplissement des dites formalités et lui transmettra, en même temps, l'arrêté du préfet, ses propres observations et celles des parties, s'il y a lieu, avec toutes les pièces jointes. La date de l'envoi sera consignée sur un registre à ce destiné. Dans les vingt-quatre heures de la réception de ces pièces, le ministre de la Justice les transmettra au secrétariat du Conseil d'État et il en donnera avis au magistrat qui les lui aura transmises. »

Après la communication de l'arrêté au tribunal, cet arrêté et les pièces qu'il vise doivent être rétablis au greffe et y rester déposés pendant 15 jours. Prévenues par le procureur de la République, ce dépôt, les parties ou leurs avoués peuvent en prendre connaissance sans déplacement.

Il est facile de concevoir l'intérêt véritable des parties à la solution de la question de compétence et il était juste et utile de leur permettre de produire des observations pour ou contre la revendication administrative. Mais d'un autre côté, l'intérêt public qui est particulièrement intéressé à cette lutte de compétence, relègue dans l'ombre les intérêts privés si recommandables qu'ils soient; le conflit est un acte de haute administration et les parties ne peuvent avoir qualité pour intervenir directement au débat.

Digitized by Google

Nous avons dit, en faisant l'historique de la législation des conflits, que ce principe, d'abord méconnu, avait été affirmé par le Conseil d'État dans un avis du 6 février 1821, et j'ai raconté dans quelle circonstance cette décision importante était intervenue.

Peu après, le 12 décembre 1821, une ordonnance fut rendue qui détermina les droits des parties. Le procureur du roi (dans les trois jours de la réception de l'arrêté de conflit), devait informer par lettre les avoués des parties ou les parties elles-mêmes, si elles n'avaient pas constitué avoué, de l'existence du conflit (art. 2). Il les informait qu'elles pouvaient prendre communication de cet arrêté à la préfecture et s'en faire délivrer une expédition sans frais. La remise de sa lettre devait être constatée par un certificat de réception des avoués, des parties, ou du maire de leur domicile. Lorsqu'elles croyaient devoir présenter des observations, les parties devaient les adresser avec les pièces à l'appui au secrétariat du Conseil d'État (art. 4).

Plusieurs modifications, facilement justifiables, ont été apportées aux dispositions de l'ordonnance de 1821 par l'article 13 de l'ordonnance du 1er juin 1828. Ce n'est plus dans les trois jours de la réception de l'arrêté, mais, immédiatement après le rétablissement de cet acte au greffe, que les parties doivent être prévenues. On a jugé plus convenable que le tribunal reçût le premier connaissance de l'existence du conflit. En second lieu, les parties ou leurs avoués peuvent prendre communication de l'arrêté de conflit au greffe et non plus à la préfecture, et le droit d'exiger une expédition sans frais leur est retiré. Il est naturel que l'arrêté reste sous la main du chef du parquet chargé d'en effectuer l'envoi.

Digitized by Google

D'autre part, l'intérêt des parties est suffisamment respecté par la communication de l'arrêté et en les mettant à même d'étudier les raisons invoquées en faveur de la compétence administrative pour les compléter ou les refuser. Il n'y avait pas lieu de sortir de la règle générale et d'imposer au greffier la charge de délivrer gratuitement copie de l'arrêté.

Enfin c'est au parquet et non plus au secrétariat du Conseil d'État que les parties doivent remettre leurs observations. Cette modification est excellente. L'officier du ministère public est chargé de composer le dossier et de le transmettre au garde-des-sceaux, en joignant son rapport à son envoi. Il est donc préférable qu'il ait ces documents entre les mains, pour lui fournir les éléments nécessaires à sa rédaction.

Les règles de procédure qu'indiquait l'article 2 de l'ordonnance du 12 décembre 1821, en ce qui concerne l'avis à donner aux parties, n'ont pas été reproduites par l'article 13, mais, dans la pratique, il est utile qu'elles soient observées. Dans sa circulaire du 5 juillet 1828, le garde-des-sceaux cite, parmi les documents qui doivent figurer au dossier, l'avis donné par le chef du parquet, aux parties ou à leurs avoués, du rétablissement des pièces avec invitation d'en prendre communication et en tout cas de lui en accuser réception. Cet avis est donné par simple lettre dont la remise est constatée par un certificat de réception du destinataire ou du maire de son domicile.

Les observations que les intéressés sont invités à remettre au parquet peuvent être signées soit par leur avoué, si la partie a constitué avoué, soit par la partie elle-même. Dans ce dernier cas, l'article 4 de l'ordonnance de 1821 exigeait expressément la légalisation de la

Digitized by Google

signature; il serait bon, croyons-nous, de l'exiger encore. Ces observations sont rédigées sous forme de mémoire et remises directement au parquet. Il serait contraire aux intentions de la loi et au rôle des parties, de les faire signifier par huissier, comme acte extrajudiciaire.

Le délai de quinze jours accordé aux parties pour présenter leurs observations après le rétablissement au greffe de l'arrêté de conflit et des pièces à l'appui, n'est pas un délai de rigueur. Si le chef du parquet les recevait après l'expiration de ce délai, mais avant l'envoi du dossier au garde-des-sceaux, il pourrait les joindre sans aucun inconvénient. L'ordonnance n'a pas voulu que le silence des parties, pendant le délai fixé, retardât l'envoi du dossier, mais elle a certainement entendu leur laisser toute facilité pour émettre leur opinion sur la question de compétence.

Les parties peuvent encore, à notre avis, produire leurs observations, même après que le parquet s'est dessaisi de l'arrêté de conflit: mais elles doivent alors les adresser directement au secrétariat du Tribunal des conflits ou à la chancellerie.

Aussitôt l'expiration du délai de quinzaine, pendant lequel l'arrêté de conflit et les pièces qui l'accompagnent doivent être rétablies au greffe, le procureur de la République doit informer le garde-des-sceaux que toutes les formalités prescrites par les articles 12 et 13 de l'ordonnance du 1er juin 1828 ont été remplies. Il lui transmet, en même temps, l'arrêté de conflit avec toutes les pièces de l'affaire, parmi lesquelles figurent les observations des parties et de leurs avoués. Il joint à cet envoi son rapport sur la question de compétence.

L'article 6 de l'ordonnance du 12 juin 1831 détermina quelles étaient les pièces dont la production était néces-

Digitized by Google

saire. « Le rapport sur le conflit ne pourra être présenté qu'après la production des pièces ci-après énoncées, savoir : la citation, les conclusions des parties, le déclinatoire proposé par le préfet, le jugement de compétence, l'arrêté; ces pièces seront adressées par le procureur du roi au ministre de la Justice. »

Cette énumération a été complétée par une circulaire du garde-des-sceaux en date du 15 septembre 1847, indiquant les pièces qui doivent composer le dossier d'une affaire de conflit.

« Pour être complète, » disait le ministre de la Justice, « la production des pièces doit renfermer :

» La citation (ordonnance du 12 mars 1831, art. 6);

» Les conclusions des parties (*ibidem*);

» Le déclinatoire proposé par le préfet (*ibidem*);

» Les réquisitions ou conclusions du procureur du roi (ordonnance du 1er juin 1828, art. 7);

» Le jugement rendu sur la compétence (ordonnance du 12 mars 1831; art. 6);

» L'acte d'appel et l'arrêt rendu sur la compétence, s'il y a lieu (ordonnance du 1er juin 1828, art. 8);

» L'arrêté de conflit (ordonn. du 12 mars 1831, art. 6);

» Le jugement ou l'arrêt ordonnant le sursis à toutes procédures (ordonn. du 1er juin 1828, art. 12);

» Les observations des parties ou de leurs avoués s'il en a été produit dans le délai fixé (*ibid.*, art. 13 et 14);

» Les observations du procureur du roi (*ibid.*, art. 14);

» L'extrait du registre du mouvement (*ibid.*, art. 7 et 14);

» L'inventaire des pièces en double (ordonn. du 1er juin 1828, art. 14 et ordonn. du 12 mars 1831, art. 6). »

Cette énumération est incomplète, car elle ne mentionne

Digitized by Google

pas les pièces visées dans l'arrêté de conflit et qui doivent y être jointes (ordonn. de 1828, art. 10).

La même circulaire ajoutait : « Il est évident que par citation on doit entendre tout exploit introductif d'instance et que cet acte rentrerait, d'ailleurs, quelle que fût sa dénomination particulière dans la catégorie des conclusions. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les conclusions sur le fond ou sur la question de compétence. Toutes servent plus ou moins directement à déterminer la nature de l'instance et elles doivent être produites par les avoués, à qui les originaux et les copies seront rendus après la décision sur le conflit. Ces conclusions feront partie de la production, quand bien même elles seraient appelées textuellement dans les jugements ou arrêts. Les jugements ou arrêts doivent être transmis sous la forme d'expéditions complètes et non de simples extraits. »

En commentant l'article 7 de l'ordonnance de 1828, nous avons déjà parlé du registre de mouvement, des indications qui y doivent être consignées et de la valeur accordée aux mentions qui y sont faites. L'article 14 de l'ordonnance de 1828 parle également de ce registre en disposant que la date de l'envoi du dossier doit y être indiquée.

Dans sa circulaire du 15 décembre 1847, le garde-des-sceaux, exprimant le regret que de fréquentes irrégularités fussent commises, dans les envois relatifs aux conflits, par les chefs des parquets, disait : « Ces irrégularités proviennent principalement de ce que le registre de mouvement, prescrit par l'ordonnance de 1828, n'est pas tenu par tous les parquets avec l'exactitude désirable. A l'avenir, tout extrait de ce registre devra contenir, sans aucune exception, les mentions et dates exigées par

Digitized by Google

la circulaire du 5 juillet 1828, dont il est bien regrettable que les sages dispositions n'aient pas été suivies, notamment en ce qui touche la tenue du registre, puisque, en thèse générale, c'est l'extrait de ce registre qui constate l'accomplissement des formalités nécessaires à la régularité du conflit et qu'il sert ainsi de base, sous le rapport de la forme, à la décision du Conseil d'État sur la validité ou la nullité dudit acte. »

« L'extrait, » disait encore le garde-des-sceaux, « devra être certifié conforme par le magistrat qui le transmettra. »

Quoique les ordonnances de 1828 et 1831 fassent aux chefs des parquets une obligation stricte de l'envoi immédiat des dossiers de conflits à la chancellerie, les efforts tentés pour éviter tout retard ont été souvent infructueux. Ces efforts, dit M. Boulatignier, ont échoué non pas tant contre l'indifférence des procureurs du roi que contre les difficultés que ces magistrats éprouvent à se faire remettre par les avoués des parties les pièces dont la production est exigée. Il est naturel de penser que les parties désirent que les conflits se vident le plus promptement possible et qu'elles s'empressent de faire tout ce qui dépend d'elles pour en hâter la solution; mais les choses ne se passent pas ainsi et on a vu des avoués qui croyaient que leurs clients avaient intérêt à prolonger le litige, par exemple, parce qu'ils étaient en possession de l'objet litigieux, refuser la production de l'exploit d'assignation avec une persistance que l'on n'a pu vaincre que par la menace de poursuites disciplinaires. Ce genre d'obstacle est devenu assez fréquent pour que M. le garde-des-sceaux en ait fait l'objet d'instructions spéciales adressées aux procureurs généraux sous la date

Digitized by Google

du 1er décembre 1862. « Les avoués, disait-il, ne peuvent sans manquer à leurs devoirs, se dispenser de faire la remise au greffe de ces pièces. L'article 6 de l'ordonnance du 12 mars 1831, en prescrivant de ne présenter le rapport sur les conflits, qu'après la production des actes qu'il énumère, exige implicitement l'envoi de ces actes au Conseil d'État et, par conséquent, oblige les avoués à les déposer. Ce n'est pas là, en effet, une procédure ordinaire dans laquelle ces officiers ministériels rèstent libres de ne pas remplir certaines formalités sous leur responsabilité personnelle. Le conflit suspend le cours de la justice, l'intérêt public exige une prompte décision. Aussi les dispositions des règlements tendent toutes à éviter des retards et les avoués doivent, *sous peine de poursuites disciplinaires,* se conformer à ces dispositions. »

La validité de la revendication administrative ne serait pas atteinte par le retard qu'apporterait le parquet à la transmission de l'arrêté et des pièces : la négligence des officiers du ministère public ne peut porter préjudice aux droits de l'administration.

Le ministre de la Justice, aux termes du dernier alinéa de l'article 14 de l'ordonnance de 1828, doit, dans les vingt-quatre heures de l'envoi qui lui est fait par le parquet, transmettre au secrétariat du Conseil d'État (aujourd'hui au secrétariat du Tribunal des conflits) le dossier de l'affaire et en donner avis au magistrat qui le lui a transmis. L'ordonnance du 21 mars 1831 a fait subir à cette disposition une légère modification. L'article 6 porte : « Les pièces seront adressées par le procureur du roi à notre garde-des-sceaux ministre de la Justice, qui devra, dans les vingt-quatre heures de la réception, lui adresser un récépissé énonciatif des pièces envoyées, lequel sera

Digitized by Google

déposé au greffe du tribunal. Le ministre transmettra aussitôt les pièces au secrétariat général du Conseil d'État. »

Si le garde-des-sceaux n'est plus tenu à transmettre le dossier au Tribunal des conflits dans les vingt-quatre heures de sa réception, il doit, pour se conformer à l'esprit et au texte de l'ordonnance, n'apporter aucun retard à cet envoi. Toutefois, il ne le doit faire que lorsque ce dossier est complet; en effet, le rapport sur les conflits ne peut être présenté qu'après la production des pièces exigées. De plus, l'envoi d'un dossier incomplet pourrait présenter un grave inconvénient. D'après l'article 7 de l'ordonnance de 1831, la décision sur la revendication doit intervenir dans un délai fixe de deux mois, dont le point de départ est la réception des pièces au ministère de la Justice, réception constatée par l'accusé de réception du garde-des-sceaux. Or, l'envoi au tribunal ne peut avoir lieu qu'après celui de cet accusé de réception au chef du parquet. Dresser cet accusé de réception et transmettre le dossier incomplet au secrétariat du Tribunal des conflits équivaudrait à diminuer le délai accordé à ce tribunal pour statuer et à exposer ainsi l'administration à une déchéance dont elle ne serait nullement responsable. Ce danger ne serait à craindre que si l'accusé de réception était conçu en termes généraux; dans la pratique il n'en est pas ainsi. Le ministère de la Justice, se conformant aux prescriptions de l'ordonnance de 1831, mentionne les pièces reçues sur un bordereau joint à l'accusé de réception. Lorsqu'un document nécessaire a été omis dans le premier envoi, cette pièce en contient la preuve.

D'ailleurs, la Cour de cassation (1) et le Conseil d'É-

(1) Arrêt du 23 juillet 1839.

Digitized by Google

tat [1] sont d'accord pour décider que le délai de deux mois, fixé par l'article 7 de l'ordonnance de 1831, ne court que du jour où toutes les pièces, dont la production est exigée, sont parvenues à la chancellerie. M. Reverchon [2] rapporte un arrêt du Conseil d'État qui fait l'application de ce principe à une espèce où il s'était écoulé trente-cinq ans entre le premier envoi d'une partie des pièces du conflit et leur envoi complet. « Dans cette affaire, l'arrêté de conflit était de l'an XIII : il avait été transmis à cette date au ministère de la Justice, mais il n'était pas accompagné des pièces nécessaires qui furent vainement réclamées alors par ce ministère au parquet de la Cour de Toulouse, et il demeura dès lors oublié dans les cartons de la chancellerie. En 1839, la péremption de l'instance ayant été prononcée par défaut contre l'une des parties, la partie adverse forma opposition en se fondant sur ce que l'existence du conflit avait suspendu forcément l'instance. Il fallut alors statuer sur ce conflit dont la tardivité ne pouvait manquer d'être alléguée; mais le Conseil d'État, tout en annulant le conflit au fond, le déclara recevable dans les termes suivants : « Considérant que depuis l'arrêté du 13 thermidor an XIII l'instance entre les communes des Arguts, la commune de Boutz et l'État est démeurée en état de conflit; que, d'autre part, le dossier était resté incomplet jusqu'à ce jour, et que, par conséquent, les délais écoulés ne sont pas un obstacle à ce qu'il soit prononcé sur le dit conflit. »

Autorité compétente pour statuer sur les conflits. — L'autorité aujourd'hui compétente pour trancher les con-

(1) Conseil d'État, ordonnance du 18 décembre 1840.
(2) *Op. cit.*, p. 564.

Digitized by Google

flits est un tribunal spécial institué par la loi du 24 mai 1872, portant réorganisation du Conseil d'État. Le titre IV de cette loi, intitulé « Des conflits et du Tribunal des conflits, » contient les dispositions suivantes : « Article 25. Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire sont réglés par un tribunal spécial composé : 1° du garde-des-sceaux, président; 2° de trois conseillers d'État en service ordinaire, élus par les conseillers en service ordinaire; 3° de trois conseillers à la Cour de cassation, nommés par leurs collègues; 4° de deux membres et de deux suppléants qui seront élus par la majorité des autres juges désignés aux paragraphes précédents. Les membres du Tribunal des conflits sont soumis à la réélection tous les trois ans et indéfiniment rééligibles. Ils choisissent un vice-président au scrutin secret et à la majorité absolue des voix. Ils ne peuvent délibérer valablement qu'au nombre de cinq membres présents au moins. »

« Art. 26. Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Toutefois, ils ne peuvent se pourvoir devant cette juridiction qu'après que la section du contentieux a refusé de faire droit à la demande en revendication qui doit lui être préalablement communiquée. »

« Art. 27. La loi du 4 février 1850 et le règlement du 26 octobre 1849 sur le mode de procéder devant le Tribunal des conflits sont remis en vigueur. »

La législation antérieure ainsi rendue applicable, organisait auprès du Tribunal des conflits un ministère public dont les fonctions sont remplies par deux commissaires

Digitized by Google

du Gouvernement, choisis tous les ans par le président de la République, l'un dans le parquet de la Cour de cassation, l'autre parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'État. Il est adjoint à chacun de ces commissaires un suppléant, choisi de la même manière et pris dans les mêmes rangs. Le ministre de la Justice nomme un secrétaire qui remplit auprès du Tribunal les fonctions de greffier (1).

Nous avons dit, dans l'historique de la législation des conflits, que la République de 1848 avait, une première fois, soustrait au Conseil d'État la connaissance des conflits. Cette institution nouvelle, œuvre de la commission de constitution, se justifiait par la disparition de l'autorité royale qui s'était toujours réservé de statuer sur les questions de compétence. La loi du 3 mars 1849, donnant au Conseil d'État le pouvoir de décision propre, on ne pouvait lui confier le soin de trancher les difficultés relatives à la compétence qui s'élèvent entre l'autorité administrative, dont il est la plus haute expression, et les tribunaux ordinaires. Il eût été contre toutes les règles du droit juge dans sa propre cause.

Voici en quels termes M. Dupin défendait, dans la séance du 11 octobre 1848, l'institution nouvelle. « Pourquoi les conflits entre l'administration et les tribunaux étaient-ils auparavant porté devant le Conseil d'État? Ce n'était pas par amour du Conseil d'État, mais, sous les précédents gouvernements, le Conseil d'État ne donnait que des avis, et c'était la puissance royale qui décidait.

» De la maxime de l'ancienne monarchie, que toute justice émane du roi, on avait conclu que c'était au roi

(1) Loi du 18 février 1850 et règlement du 28 octobre 1849, art. 3 et 5.

Digitized by Google

à déterminer les juridictions en cas de litige. Ainsi, c'était pour réserver à la puissance royale le droit de donner des juges et de régler les juridictions, qu'on attribuait le jugement des conflits au Conseil d'État.

» Maintenant que nous sommes sous un régime républicain, toute justice émane du peuple. Quand il y a conflit, ce n'est pas seulement une personne, un fonctionnaire en vertu de sa prérogative qui peut prétendre à juger les conflits. Voilà pourquoi nous avons cru qu'il était constitutionnel de créer un Tribunal des conflits. Nous avons pris pour le composer dans les rangs les plus élevés des deux autorités entre lesquelles le conflit s'élevait, c'est-à-dire des membres de la Cour de cassation, sommet de l'ordre judiciaire et des membres du Conseil d'État, sommet de l'ordre administratif. Nous avons ainsi constitué un tribunal mixte. C'est ce tribunal qui, avec une grande supériorité d'expérience et de lumières, jugera les conflits dans l'intérêt général aussi bien que dans l'intérêt privé et dans l'intérêt de la loi. »

En constituant ce tribunal spécial, la commission de constitution réalisa une réforme éminemment utile. Lorsque le chef de l'État est appelé à statuer sur les conflits, sur l'avis du Conseil d'État, c'est en réalité ce corps qui statue. Sans mettre en doute son impartialité, comment penser qu'il puisse se soustraire aux influences des habitudes et du milieu, comment surtout ne pas craindre que l'opinion ne conçoive quelques soupçons à cet égard? L'équité ne veut-elle pas et n'est-il pas avantageux pour l'intérêt de tous que l'autorité judiciaire soit appelée à élever et à défendre ses prétentions par les voix les plus autorisées? Ne peut-elle pas se plaindre en cas contraire d'avoir été condamnée sans avoir été entendue?

Digitized by Google

Le Tribunal des conflits disparut avec la constitution qui lui avait donné le jour.

En 1872, l'Assemblée nationale rendit au Conseil d'État, comme l'avait fait la loi du 3 mars 1849, le pouvoir de statuer de sa seule autorité en matière contentieuse et se trouva par là même conduite à réédifier un Tribunal des conflits. La pensée de l'Assemblée tout entière se fit jour dans le discours de M. Batbie, l'éminent rapporteur de la loi : « Nous vous proposons, disait-il, de rétablir cette juridiction comme conséquence de ce que nous avons décidé sur la délégation de la justice administrative. Lorsque cette justice était retenue, on pouvait soutenir que le chef du pouvoir exécutif, en vertu de sa prééminence sur les autorités en conflit, fixait les limites des juridictions et distinguait ce que le souverain avait gardé pour le décider lui-même en Conseil d'État d'avec ce qu'il avait délégué aux tribunaux. Encore cette explication n'était-elle pas exacte, puisque la délégation étant faite par des lois, il ne dépendait pas du pouvoir exécutif de dire où elle finissait, et que le pouvoir d'interpréter les lois appartient au législateur. Quoique insuffisante, cette justification de la compétence du Conseil d'État, en matière de conflits, donnait satisfaction aux esprits qui ne poussent pas l'analyse des questions jusqu'aux dernières extrémités; elle nous ferait même défaut dans le système de la délégation, et il faut, ou rétablir le Tribunal des conflits, ou créer une institution analogue. »

Le tribunal des conflits fut rétabli avec quelques modifications qui réalisèrent de réels progrès.

Dans son projet de loi sur l'organisation du Conseil d'État, le Gouvernement disait : « La loi du 24 février 1850 portait que : en l'absence du ministre de la Justice,

Digitized by Google

le Tribunal des conflits serait présidé par le ministre de l'Instruction publique, on avait choisi ce ministre parce qu'il est très-rare qu'un conflit s'élève à l'occasion des affaires qui rentrent dans ses attributions. Toutefois il peut se faire que le ministre de l'Instruction publique, précisément parce qu'il sera préparé par toute sa carrière à bien remplir ses fonctions, n'ait pas assez l'habitude des questions juridiques pour présider avec compétence le Tribunal des conflits. »

Pour parer à cet inconvénient, le Gouvernement proposait, en cas d'empêchement du garde-des-sceaux, de confier la présidence à un ministre qui serait délégué par son collègue de la Justice à la condition qu'il ne serait pas intéressé dans les litiges portés à l'audience dont il devait diriger les débats.

Cette modification, la seule que le Gouvernement proposa à l'œuvre du législateur de 1848, la commission parlementaire la jugea insuffisante, et son éminent rapporteur, M. Batbie, en donna les raisons. « Si pendant sa courte durée, disait-il, le Tribunal des conflits a rendu de grands services, pour la pacification des procès de compétence, il nous a paru que ce résultat devait être attribué plutôt à la prudence des personnes qu'à la perfection de l'institution. L'organisation du Tribunal des conflits, telle que le Gouvernement vous propose de la rétablir, est périlleuse parce qu'elle est de nature à produire fréquemment des changements de jurisprudence. Il est probable, en effet, que sur plus d'une question, les conseillers d'État se porteront d'un côté et que les conseillers à la Cour de cassation iront de l'autre. Ces deux fractions s'annulant, en ce cas, par leur opposition, (il est naturel que sur des questions de compétence, la diver-

Digitized by Google

gence soit fréquente,) la voix seule du président fera pencher la balance et la décision ne dépendra que de lui. »

« Or, les ministres sont fragiles parce qu'ils sont exposés aux accidents de la politique, et comme leur choix est déterminé par des considérations autres que leurs opinions sur des questions de droit, une modification ministérielle pourrait être la cause d'un changement de jurisprudence sur plusieurs questions. Avons-nous besoin de dire quelles seraient les conséquences de ces revirements? Les procès qu'on pourrait croire les meilleurs, seront perdus; les plaideurs seront souvent trompés dans leur attente, et les parties dont l'humeur processive ne craint pas d'intenter des actions téméraires, seront favorisés par cette incertitude. Nous avons pensé qu'entre les conseillers d'État et les conseillers à la Cour de cassation, il fallait placer un élément plus stable qu'un personnage politique, afin d'assurer, autant que possible, la permanence des solutions. La difficulté de remplacer le ministre de la Justice, en cas d'absence, nous a confirmés dans notre opinion. »

D'un commun accord avec le Gouvernement, la commission reconnaissait l'incompétence du ministre de l'Instruction publique pour présider le Tribunal des conflits, mais dans sa pensée, la désignation par le garde-des-sceaux du collègue appelé à le remplacer, proposition émise par le Gouvernement, était encore insuffisante pour sortir d'embarras. « Sur qui, disait le rapporteur, le choix pourrait-il porter? Les ministres de la Guerre et de la Marine auront aussi rarement que le ministre de l'Instruction publique, les connaissances nécessaires pour juger des questions de compétence. Le ministre de l'Intérieur est trop absorbé pour donner son temps à des affaires

Digitized by Google

contentieuses et d'ailleurs, il serait à craindre qu'il n'apportât dans l'examen de ces questions, une tendance exclusivement politique. Le ministre des Travaux publics dirige une administration qui est trop souvent intéressée dans les audiences de l'assemblée du contentieux; et quant aux ministres soit des Finances, soit du Commerce, on les choisit souvent parmi les banquiers, les commerçants et les industriels. Or, nous pouvons dire, sans qu'aucun d'eux ait le droit d'en être blessé, que probablement ils ne sont pas tous préparés au jugement des conflits, c'est-à-dire, des questions les plus ardues du contentieux administratif. Nous n'avons pas en conséquence admis la présidence du garde-des-sceaux, soit, parce que sous le régime parlementaire surtout, les ministres sont exposés à de fréquents changements, soit, parce qu'il est difficile de le suppléer en cas d'empêchement. Nous vous proposons d'ajouter aux six personnes qui seront élues par le Conseil d'État et par la Cour de cassation, trois autres membres que l'Assemblée nationale choisira au scrutin secret et à la majorité absolue. Avec cette addition, la présence du garde-des-sceaux n'aurait pas au même degré que s'il était seul, l'inconvénient de la mobilité; elle offrirait, d'un autre côté, l'avantage de donner à ce Tribunal un lustre digne de ses fonctions. Préoccupée cependant des variations de la jurisprudence, votre commission n'a pas voulu à un degré quelconque, introduire dans la composition du Tribunal une cause de changement et sacrifiant l'éclat de l'institution, pour mieux assurer la stabilité de ses décisions, elle a préféré à la présidence du garde-des-sceaux, celle d'un membre désigné par ses collègues. »

Les modifications que la commission proposait pour re-

Digitized by Google

médier aux deux inconvénients signalés dans le projet du Gouvernement furent vivement attaquées par MM. Gaslonde (1) et Bertauld (2), lorsqu'eut lieu devant l'Assemblée la deuxième délibération. « Le garde-des-sceaux était président de cette juridiction mixte, disait M. Bertauld, mon Dieu, qu'à mon sens, il était bien choisi! Comme il était bien dans les conditions propres à servir de trait-d'union entre la véritable autorité judiciaire et l'autorité administrative! par ses relations, par ses affections, par ses antécédents, presque toujours il appartenait à la justice ordinaire; mais il était homme trop politique pour ne pas tenir compte des difficultés d'administration et des dérogations qui étaient nécessaires pour l'utilité publique. »

Il intervenait comme un véritable médiateur dans des conditions de grande lumière et de parfaite indépendance.

La commission se rendit à cette manière de voir et remania le projet. Lorsqu'elle le présenta, en troisième délibération, il fut adopté avec les changements qu'elle-même avait adoptés : présidence au garde-des-sceaux, nomination du vice-président par le Tribunal, et élections par leurs collègues de deux membres départiteurs et de leurs suppléants.

Ces dispositions sont devenues l'article 25 de la loi du 24 mai 1872.

Si nous comparons le Tribunal des conflits de 1872 au premier tribunal de 1848 nous voyons que le nombre des conseillers élus par la Cour suprême et par le Conseil d'État a été réduit de huit à six, trois, pris dans chacun des deux ordres : mais deux juges et deux sup-

(1) Séance du 3 mai 1872; *Officiel* du 4 mai.
(2) Séance du 30 avril 1872; *Officiel* du 1er mai.

Digitized by Google

pléants pris en dehors de la juridiction ordinaire et de l'administration forment un élément nouveau qui n'expose plus, en cas de division des deux autorités, à voir le garde-des-sceaux seul juge de la compétence. Enfin, au lieu d'être attribuée au ministre de l'Instruction publique, la vice-présidence est confiée à un des membres du Tribunal nommé par ses collègues.

Malheureusement, un amendement présenté par M. Jozon et voté à la troisième délibération, amendement qui forme un article additionnel à l'article 25, vint détruire toute l'économie de cette nouvelle organisation. « Ils (les membres du Tribunal) ne pourront délibérer qu'au nombre de cinq membres présents au moins. » M. Boulatignier fait remarquer combien cette disposition est regrettable; elle rompt absolument l'équilibre parfait que la loi de 1872 avait voulu obtenir, puisque, sans violer la loi, une délibération du tribunal peut être prise alors que les deux pouvoirs sont inégalement représentés. Dans la législation de 1850, le Tribunal des conflits ne pouvait rendre ses rescisions qu'au nombre de neuf juges, pris également à l'exception du ministre, dans les deux corps qui concouraient à sa formation.

Le droit de récusation peut-il être exercé devant le Tribunal des conflits? Les règles établies par le Code de procédure civile pour la récusation devant les tribunaux ne sont-elles pas applicables à cette juridiction spéciale?

La question s'est présentée une première fois, devant le Tribunal des conflits, dans la séance du 30 mai 1850 et fut débattue en chambre du conseil, sous la présidence du garde-des-sceaux, dans les circonstances suivantes.

On demandait s'il fallait considérer comme étant en

Digitized by Google

état de récusation 1° un conseiller à la Cour de cassation, ayant fait rapport à la Chambre des requêtes d'un recours, sur lequel la Chambre civile avait rendu un arrêt de cassation proclamant la compétence judiciaire, ce qui avait donné lieu à une instance nouvelle dans laquelle le conflit avait été élevé. 2° Deux conseillers, à la Cour de cassation, ayant concouru à l'arrêt rendu sur la compétence par la Chambre civile (1).

On faisait valoir pour l'affirmative que les règles de la récusation, étant établies pour tous les tribunaux, devaient être applicables au Tribunal des conflits; que ces règles étant fondées en raison, le Tribunal devait s'y soumettre, et que, d'ailleurs, il était étrange que la loi et un règlement d'administration publique eussent négligé de s'expliquer sur un sujet, auquel le Code de procédure civile avait consacré tout un titre, s'ils n'avaient entendu se référer aux règles du droit commun sur ce point.

La récusation n'a pas été prévue par le règlement sur le Tribunal des conflits, répondait-on, en raison même de la nature de ce Tribunal qui statue dans l'intérêt de l'ordre des juridictions et ne prononce pas entre les parties. On ajoutait que la nécessité même obligeait à repousser l'application des règles relatives à la récusation; en effet, il pourrait arriver que, par suite de ces règles, le Tribunal se trouvât dans l'impossibilité de juger (2); ce qui serait, dans l'espèce, si le conseiller rapporteur à la

(1) Boulatignier, p. 569, *loc. citat.*

(2) Cette impossibilité n'est plus à craindre avec l'organisation actuelle du Tribunal des conflits, qui peut valablement délibérer cinq membres présents.

Digitized by Google

Chambre des requêtes était jugé en état de récusation au Tribunal des conflits.

A l'unanimité moins une voix, le Tribunal décida que les règles de la récusation ne lui étaient applicables que dans les cas extrêmes, et il reconnut à l'unanimité que ces membres restaient libres de proposer leur récusation par scrupule de conscience, par exemple, en cas d'avis émis sur la question, de parenté ou d'extrême affection.

Récemment, la question s'est présentée de nouveau devant le Tribunal des conflits. A la suite d'une ordonnance du Tribunal civil de Lille, se déclarant compétent pour connaître en référé de la demande formée par plusieurs religieux, à fin de réintégration dans leur domicile, d'où ils avaient été expulsés en exécution d'un décret du 29 mars 1880, le préfet du Nord éleva le conflit.

Les sieurs M... et consorts déposèrent au secrétariat du Tribunal des conflits une requête à fin de récusation du garde-des-sceaux, président du Tribunal des conflits, en se fondant sur ce qu'il avait connu et écrit sur la question, ce qui est contraire aux dispositions de l'article 378, n° 8 du Code de procédure civile et aussi pour les causes énoncées au n° 7 dudit article. A l'appui de leur récusation, les parties signalaient 1° le rapport qui a précédé et provoqué l'exécution des décrets, rapport signé par le ministre de la Justice; 2° les décrets signés des mêmes hauts fonctionnaires auxquels l'exécution en a été confiée; 3° le discours prononcé par le garde-des-sceaux le 16 mars 1880. La requête concluait que le ministre qui a provoqué et exécuté ces décrets et en a poursuivi l'exécution, ne saurait être constitué juge de leur mode d'exécution.

Le Tribunal des conflits écarta par un moyen de pro-

Digitized by Google

cédure les conclusions à fin de récusation présentées par les parties, en se basant sur leur défaut de qualité.

« Considérant que le Tribunal des conflits, institué pour assurer l'application du principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, n'est appelé à trancher aucune contestation d'un intérêt privé; que le débat, porté devant lui par le préfet, agissant au nom de la puissance publique, s'agite uniquement entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative; qu'il suit de là que les parties engagées dans l'instance qui donne lieu à l'arrêté de conflit ne figurent ni comme demanderesses, ni comme défenderesses devant le Tribunal chargé de le juger; que si les parties peuvent produire des mémoires et des observations orales, elles ne sont recevables à prendre aucune conclusion; que, dès lors, elles ne sauraient être admises à proposer une récusation, par application des articles 378 et suivants du Code de procédure civile, etc. »

Le système adopté par le Tribunal des conflits a donné lieu à des critiques qui sont dignes d'attirer l'attention. Sans doute, les parties, quelque graves que soient leurs intérêts, n'ont aucun droit de prendre des conclusions devant le Tribunal des conflits. Mais par là même que le champ du débat, en matière de conflit positif, n'est pas déterminé devant lui par les conclusions des intéressés, le Tribunal doit examiner à tous les points de vue, les questions dont l'existence est révélée par le dossier qui lui est soumis. « C'est ainsi qu'une jurisprudence constante reconnaît qu'il n'est pas lié par les termes de l'arrêté de conflit et qu'il doit annuler les décisions judiciaires qui lui sont déférées dans toutes les dispositions par lesquelles elles ont statué sur des questions de la

Digitized by Google

compétence administrative, alors même que le préfet avait omis de revendiquer pour l'autorité administrative quelques-unes de ces questions (Décision du Trib. des conflits, 1er février 1873). De même, le Tribunal, dans quelque forme que des objections soient élevées devant lui contre la régularité de la procédure imposée par l'ordonnance de 1828, se croit obligé de prononcer sur la régularité de l'arrêté de conflit, lorsqu'il considère les critiques dirigées contre l'arrêté de conflit, comme mal fondées, aussi bien que dans le cas contraire. Si les intéressés peuvent ainsi provoquer, par leurs observations, l'examen par le Tribunal des formalités réglementaires, à plus forte raison, peuvent-ils provoquer l'examen de la régularité de la constitution même du Tribunal. Celui-ci ne sera pas lié, comme un tribunal civil, par les termes des observations présentées à l'effet de faire prescrire l'abstention d'un des membres de l'assemblée, mais il devra, comme en cas de critiques contre la régularité de l'arrêté de conflit, statuer ce qu'il appartiendra sur le vu de ces observations. L'impossibilité de suivre textuellement les règles de la procédure civile ne doit pas avoir pour effet de paralyser l'exercice d'un droit appartenant au Tribunal et auquel il ne pourrait renoncer, sans nuire à l'autorité de ses décisions; il faut seulement ce qui est facile, approprier cette procédure aux conditions spéciales dans lesquelles fonctionne le Tribunal des conflits (1). »

Évidemment, les cas de récusation ne peuvent être déterminés par l'application pure et simple des articles 370 et suivants du Code de procédure civile; mais les

(1) Dalloz, *Jurisprudence générale*, 1880, 3, p. 122, en note.

Digitized by Google

principes du droit naturel peuvent combler les lacunes de la loi écrite.

La solution adoptée par le Tribunal des conflits, en 1850, lorsqu'il a décidé que le fait d'avoir connu d'une affaire de compétence à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, n'était pas un motif pour ne pas connaître de la même affaire lorsqu'elle se présentait devant le Tribunal des conflits, écarte tout d'abord la cause de récusation écrite dans l'article 378, résultant de ce que le juge a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre.

En second lieu, le fait que les intéressés ne sont pas parties en cause empêche d'admettre, comme motif absolu de récusation, certaines circonstances auxquelles le Code de procédure civile attache ce caractère, comme le fait d'avoir mangé avec l'un des intéressés.

Mais au contraire, il est des cas où, à mon avis, un membre du Tribunal ne pourrait pas légitimement prendre part aux débats. Le premier, le plus saillant, est celui où le juge est intéressé à la solution de l'affaire; les principes de justice naturelle ne permettent pas d'être tout à la fois juge et partie, et la jurisprudence consacre ces principes en déclarant la nullité d'un jugement auquel a concouru un magistrat ayant un intérêt dans l'instance, alors même que les parties n'ont proposé aucune récusation (1). De même on pourrait encore récuser le juge, lorsque n'étant pas personnellement partie au procès, la solution pourrait néanmoins atteindre ses intérêts matériels et moraux. Tel serait précisément le

(1) Dalloz, *Jurisprudence générale*, voy. *Récusation*, n° 12; Cour de cassation, arrêt du 14 octobre 1824.

Digitized by Google

cas où l'attribution à l'autorité judiciaire du droit de connaître des conséquences d'un acte de gouvernement, pourrait engager la responsabilité personnelle du garde-des-sceaux, président du Tribunal des conflits.

Enfin, le Tribunal n'a-t-il pas admis en 1850, et ne pourrait-on pas dire avec lui, qu'il y a juste cause d'abstention dans le fait de parenté, d'extrême affection, d'inimitié capitale ou lorsqu'un membre aurait engagé son opinion, en émettant un avis sur la question?

Notre étude sur le Tribunal des conflits serait incomplète, si nous ne disions un mot du pouvoir que lui confère l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits, les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. » Cette disposition avait un précédent dans l'article 28 de la loi du 28 octobre 1849, qui donnait au garde-des-sceaux le droit de revendiquer une affaire portée à la section du contentieux du Conseil d'État, lorsqu'il estimait que cette affaire n'appartenait pas au contentieux administratif. La loi de 1872 a étendu cette prérogative à tous les ministres.

S'il était juste de prévoir les empiètements du pouvoir judiciaire sur l'autorité administrative et s'il était sage de donner à celle-ci le droit de faire respecter son domaine, il eût été également équitable de prémunir le pouvoir judiciaire contre les usurpations possibles de l'administration en lui mettant entre les mains un moyen de défense analogue au conflit. Tout entiers à leur préoccupation de forger une arme au profit de l'autorité administrative, les gouvernements qui organisèrent l'application du principe de la séparation des pouvoirs, ne songèrent

Digitized by Google

pas à formuler cette juste réciprocité, et cependant, s'il y a de graves inconvénients à ce que des questions administratives soient soumises à l'autorité judiciaire, il y a de bien plus grands dangers à ce que la juridiction administrative, qui ne présente pas les garanties qu'offre le pouvoir judiciaire, puisse, même accidentellement, se faire juge de questions primordiales, comme l'état civil, la liberté individuelle ou la propriété, qui forment l'apanage incontesté de la justice ordinaire.

C'est pour combler cette lacune et parer à ce danger que la loi de 1849 et après elle, celle de 1872, ont attribué aux ministres le droit de revendiquer les affaires qui seraient indûment portées devant le Conseil d'État et de les déférer au Tribunal des conflits pour le voir statuer sur la compétence. Toutes les fois donc, qu'un ministre estime qu'une contestation portée devant la section du contentieux échappe à sa compétence, soit parce qu'elle rentre dans la compétence judiciaire, soit parce que, comme un acte de gouvernement, elle ne doit pas trouver de juges, il demandera à cette juridiction de se dessaisir et sur son refus se pourvoira devant le Tribunal des conflits.

Le progrès très réel réalisé par cette disposition, nous paraît incomplet, en ce qu'elle expose les parties à attendre qu'une affaire qui les intéresse soit arrivée au dernier échelon de la juridiction administrative, pour que son incompétence soit reconnue, et en ce que, confiée aux seuls ministres, cette revendication court le risque de n'être exercée que dans des cas exceptionnels. Il eût été facile, à notre avis, de rendre cette satisfaction plus complète en donnant aux procureurs généraux le droit de faire valoir devant les tribunaux administratifs les revendications de l'autorité judiciaire.

Digitized by Google

Procédure à suivre devant le Tribunal des conflits. — Le mode de procéder devant le Tribunal des conflits a été déterminé par le règlement du 28 octobre 1849 et par la loi du 4 février 1850, que l'article 27 de la loi du 24 mai 1872 a remis en vigueur.

Le garde-des-sceaux est chargé de transmettre au Tribunal des conflits l'arrêté de conflit et les pièces qui l'accompagnent. Nous avons vu que cette transmission devait être faite sans retard. Ces documents, dès leur arrivée au secrétariat doivent être enregistrés sur un registre spécial (1).

En principe, chaque conflit est et doit être l'objet d'une instruction et d'une décision particulière. Cependant la jurisprudence admet la réunion de divers arrêtés et permet qu'ils soient soumis conjointement au juge des conflits lorsqu'à la même époque, un tribunal saisi dans plusieurs affaires de la même question de compétence, s'est vu enlever par des arrêts de conflit la connaissance de ces affaires (2).

Le ministre, président du Tribunal désigne un rapporteur, aussitôt après l'enregistrement des pièces au secrétariat (3). L'article 5 de la loi du 4 février 1850 disait : « Les fonctions de rapporteur seront alternativement confiées à un conseiller d'État et à un membre de la Cour de cassation, sans que cet ordre puisse être interverti. » Cette règle doit être encore suivie, toutefois il y a lieu de tenir compte de l'élément nouveau introduit dans la composition du Tribunal par la loi de 1872. Évidemment, les deux

(1) Règlement du 28 octobre 1849, art. 12.
(2) Ordonnance du 12 avril 1829.
(3) Règlement du 28 octobre 1849, art. 6.

Digitized by Google

juges nommés par leurs collègues peuvent être chargés du rapport; en ce qui les concerne le garde-des-sceaux n'est assujetti à aucune règle spéciale; par leur origine ils ne sont représentants ni de l'administration, ni du pouvoir judiciaire, il peut donc les désigner comme rapporteurs quand il lui plaît.

Dans les cinq jours de leur arrivée au secrétariat, l'arrêté de conflit et les pièces sont communiqués au ministre, dans les attributions duquel se trouve placé le service auquel se rapporte le conflit. La date de cette communication est consignée sur un registre à ce destiné. Dans la quinzaine, le ministre doit fournir les observations et les documents qu'il juge convenables sur la question de compétence (1). Dans tous les cas, les pièces sont rétablies au secrétariat du Tribunal des conflits dans le délai précité. Si désirable que soit l'observation exacte de ce délai, dans la pratique, il n'est pas considéré comme étant de rigueur, et l'on admet les observations des ministres compétents, alors même qu'elles se produisent après l'expiration de la quinzaine.

Les avocats des parties sont autorisés à prendre communication des pièces au secrétariat, sans déplacement (2).

Dans les vingt jours qui suivent la rentrée des pièces, le rapporteur fait au secrétariat le dépôt de son rapport et des pièces (3). Rappelons qu'aux termes de l'article 6 de l'ordonnance du 21 mars 1831, le rapport sur les conflits ne peut être présenté qu'après la production des pièces suivantes : la citation, les conclusions des par-

(1) Règl. du 28 octobre 1849, art. 12, §§ 3, 4, 5.
(2) Règl. du 28 octobre 1849, art. 13.
(3) Règl. du 28 octobre 1849, art. 14.

Digitized by Google

ties, le déclinatoire proposé par le préfet, le jugement de compétence et l'arrêté de conflit.

Les rapports sont faits par écrit. Ils sont transmis à celui des commissaires du Gouvernement que le ministre de la justice a désigné pour l'affaire (1). Dans aucune affaire les fonctions de rapporteur et celles de ministère public ne peuvent être remplies par deux membres pris dans le même corps (2). Lorsque le rapporteur est un conseiller d'État, le commissaire du Gouvernement doit être un membre du parquet de la Cour de cassation et c'est, au contraire un maître des requêtes qui est désigné comme commissaire, si le rapporteur est un conseiller à la Cour de cassation. Si le rapport est présenté par l'un des juges nommés par leurs collègues, le choix du ministre de la Justice pour désigner le commissaire du Gouvernement, est entièrement libre.

Le garde-des-sceaux, président du Tribunal, signe la correspondance à laquelle donne lieu l'instruction et les communications aux ministres intéressés. Il fixe la date des réunions du Tribunal et en convoque les membres (3).

Les séances du Tribunal sont publiques (4).

La police des audiences appartient au ministre président du Tribunal ou au vice-président qui le supplée en cas d'absence. Le règlement du 28 octobre 1849 déclare applicables au Tribunal les articles 18 et suivants du Code de procédure civile sur la police des audiences. Suivant M. Boulatignier, il faudrait joindre à ces articles, l'article 1036 du même Code, ainsi conçu : « Les tribunaux, sui-

(1) Règlement du 28 octobre 1849, art. 7.
(2) Loi du 4 février 1850, art. 7.
(3) Règlement du 28 octobre 1849, art. 1.
(4) Règlement du 28 octobre 1849, art. 8.

Digitized by Google

vant la gravité des circonstances, pourront dans les causes dont ils seront saisis, prononcer même d'office des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leur jugement. »

En dehors des observations que les parties ou leurs avoués ont pu joindre à l'arrêté de conflit et aux pièces qui y sont annexées, lors de leur envoi au garde-des-sceaux, elles sont encore en droit de se faire représenter devant le Tribunal des conflits par un avocat au Conseil d'État. Cet avocat peut présenter des observations orales, aussitôt la lecture du rapport [1], et adresser des mémoires au Tribunal sur la question de compétence. Le jugement du conflit ayant un caractère d'intérêt public, les parties ne peuvent pas faire déposer des conclusions par leur avocat, surtout si elles tendent à faire condamner leur adversaire aux dépens. L'ordonnance du 12 décembre 1821, dont j'ai déjà parlé, dispose expressément qu'il ne sera prononcé aucune condamnation, quelque jugement qu'il intervienne.

Le préfet est autorisé à constituer un avocat, s'il plaide au nom de son département, intéressé dans l'instance. S'il représente l'État, c'est le ministre, dont l'administration a intérêt dans la cause, qui doit présenter les observations qu'il juge nécessaires, en réponse à la communication qui lui est faite du dossier. La jurisprudence constante du Conseil d'État est qu'un fonctionnaire ne peut être admis à faire défendre ses actes par avocat, qu'autant qu'une personne civile, dont il est le représentant légal, a intérêt au maintien de ces actes. Il était également de règle au Conseil d'État qu'aux ministres seuls il appartient

(1) Règlement du 28 octobre 1849, art. 8.

Digitized by Google

de défendre les intérêts civils de l'État. Dans le cas où le préfet n'a agi que pour faire respecter le principe de la séparation des pouvoirs, le ministre seul est chargé de faire valoir les raisons qui militent en faveur de la revendication.

La jurisprudence ne reconnaît aux tiers aucun droit d'intervention devant le Tribunal des conflits (1).

Aussitôt les plaidoiries, le commissaire du Gouvernement est entendu en ses conclusions. Aux termes de l'article 4 de la loi du 8 février 1850, ces conclusions sont nécessaires pour la validité des décisions du Tribunal.

Nous avons vu que, depuis la loi du 24 mai 1872 (art. 25, *in fine*), les décisions du Tribunal nécessitent la présence de cinq juges au moins. La décision est arrêtée par la majorité des membres présents. Pour éviter le partage des voix, il est nécessaire que les juges soient en nombre impair, car, dans le silence de la loi, le président n'a pas voix prépondérante.

Les décisions du Tribunal sont lues en séance publique. Elles portent en tête la mention : « Au nom du peuple français, le Tribunal des conflits, etc. » contiennent les noms et conclusions des parties, s'il y a lieu, le vu des pièces principales et des dispositions législatives dont elles font l'application. Elles sont motivées. Les noms des membres qui ont concouru à la décision y sont mentionnés. La minute est signée par le président, le rapporteur et le secrétaire (2).

Il importe de remarquer que l'article 9 du règlement du 28 octobre 1849, qui détermine ainsi la forme des

(1) Ordonnance du 27 avril 1847.

(2) Règlement du 28 octobre 1849, art. 9.

Digitized by Google

décisions sur conflits, fait allusion, lorsqu'elle parle des conclusions des parties, aux prétentions des parties dans l'instance qui a donné lieu au conflit, et non aux observations qu'elles ont pu présenter au Tribunal. Les pièces principales dont parle ce même article et que visent d'ordinaire les décisions du Tribunal, sont : l'arrêté de conflit, l'exploit d'assignation, les conclusions des parties, le déclinatoire présenté par le préfet, le jugement ou l'arrêt qui l'a rejeté; le jugement ou l'arrêt par lequel le Tribunal ou la Cour réuni en chambre du conseil a donné acte à l'officier du ministère public de la communication de l'arrêté de conflit et de ses réquisitions à ce qu'il soit sursis à toute procédure judiciaire, l'extrait du registre de mouvement tenu au parquet, les observations du ministre intéressé, l'extrait du registre tenu à la chancellerie, constatant la date de l'arrivée de l'arrêté et des pièces jointes, enfin, les mémoires présentés par les parties intéressées.

La décision doit encore constater que le rapporteur a été entendu en son rapport et le commissaire du Gouvernement en ses conclusions.

Lorsque le Tribunal des conflits confirme l'arrêté qui lui est déféré, la formule la plus généralement employée est celle-ci : « L'arrêté de conflit est confirmé, en tant qu'il revendique pour l'autorité administrative; » en même temps le Tribunal annule toute la procédure judiciaire. Si l'arrêté est nul, comme mal fondé ou à raison de vices de forme, la décision porte : « L'arrêté est annulé. » Dans cette hypothèse encore, il arrive quelquefois qu'une partie de la procédure judiciaire soit annulée, ce qui a lieu notamment, lorsque l'arrêté étant tardif ou irrégulier, le Tribunal n'a pas cru devoir surseoir et a passé outre.

Digitized by Google

Dans ce cas le jugement sur le fond est annulé par le juge des conflits.

Enfin, dans quelques affaires, l'arrêté est confirmé sur certains points, annulé sur d'autres. Le dispositif de la décision précise soigneusement alors dans quelle limite la revendication administrative est reconnue fondée et sur quels points elle est écartée.

Dans tous les cas où, avant la décision du Tribunal des conflits, la cause du conflit a disparu, la décision porte simplement qu'il n'y a pas lieu de statuer. Les événements qui peuvent mettre fin au conflit sont la renonciation de l'appelant à son appel, la reconnaissance de la compétence administrative lorsque le conflit avait été élevé sur l'acte d'appel, une loi nouvelle qui change ou fixe la législation, en attribuant formellement à l'autorité judiciaire la connaissance de la contestation que le préfet avait revendiquée pour l'autorité administrative. Ce résultat se produit encore, lorsque le tribunal correctionnel déclare prescrite l'action à propos de laquelle le conflit revendiquait une question préjudicielle. Lorsque, postérieurement à l'arrêté de conflit la Cour de cassation a infirmé le jugement ou l'arrêt qui repoussait les revendications administratives, et affirmait la compétence de l'autorité judiciaire, il n'y a plus lieu à statuer. Un arrêt du Conseil d'État a consacré cette décision (15 juillet 1855) (1). Il est certain que la Cour de cassation ayant reconnu l'incompétence judiciaire, il n'existait plus de conflit et la solution du Conseil d'État est légitime et naturelle. Mais nous inclinons à penser, en appliquant dans toute leur rigueur le texte de la loi et les principes, que

(1) Reverchon, *loc. citat.*, p. 568.

Digitized by Google

la Cour de cassation n'était pas en droit de prononcer sur la compétence. Nous avons vu que l'effet de l'arrêté de conflit élevé et déposé au greffe est de dessaisir l'autorité judiciaire et de l'obliger à surseoir à toute procédure. Or, il est incontestable que la requête présentée à la Cour et que l'arrêt rendu sur cette requête font partie de la procédure judiciaire. Le décret, qui statuait sur le conflit, aurait donc pu strictement annuler l'arrêt de la Cour suprême.

Le Conseil d'État a parfois consenti à examiner la question de compétence, sur la demande d'un préfet ou du ministre de l'Intérieur, bien que le conflit n'existât plus. Le Tribunal des conflits, qui a reçu mission de vider les conflits et non de donner des avis, ne devrait pas, pensons-nous, accueillir une requête de ce genre.

Aux termes du règlement du 28 octobre 1849, lorsque la décision a été rendue, le garde-des-sceaux en fait transmettre administrativement une expédition à ses collègues, dont le département se trouve intéressé dans l'instance (1). La décision est portée par leurs soins à la connaissance du préfet, qui est chargé d'en informer les parties. Celles-ci peuvent se faire délivrer par le secrétaire du Tribunal une expédition de cette décision (2).

Le ministre de la Justice pourvoit à la notification de la décision au tribunal devant lequel le conflit avait été élevé, notification prescrite par l'article 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831 et par l'article 16 de l'arrêté du 30 décembre 1848 (règlement du 28 octobre 1849, art. 16). Cette notification doit être faite, au plus tard, dans

(1) Article 9, *in fine*.
(2) *Ibidem*.

Digitized by Google

le cours du troisième mois qui suit la date de la réception à la chancellerie de l'arrêté de conflit et de toutes les pièces nécessaires.

Dans quel délai le Tribunal des conflits doit-il prononcer sa décision? La loi du 5 fructidor an III, la première, fixa un délai dans lequel le juge des conflits était tenu de statuer. Le Directoire exécutif, auquel était soumise la décision du ministre, devait se prononcer *dans le mois*. Cette disposition, dépourvue de sanction, resta lettre morte et le Conseil d'État abusa de cette situation pour traîner en longueur les affaires de conflits. La commission, chargée en 1828 de réviser la législation, se préoccupa des réclamations trop justifiées de l'opinion publique et prit les mesures propres à protéger l'autorité judiciaire contre l'inertie voulue de l'administration. L'article 15 de l'ordonnance portait : « Il sera statué dans le délai de quarante jours à dater de l'envoi des pièces au ministère de la Justice. Néanmoins ce délai pourra être prorogé sur l'avis du Conseil d'État et la demande des parties, par le garde-des-sceaux; il ne pourra en aucun cas excéder deux mois. » Cette disposition était sanctionnée par l'article 16 ainsi conçu : « Si les délais ci-dessus fixés expirent sans qu'il ait été statué sur le conflit, l'arrêté qui l'a élevé sera considéré comme non avenu et l'instance pourra être reprise devant les tribunaux. »

Aucun doute n'est possible sur la pensée des auteurs de l'ordonnance. Leur intention formelle d'empêcher qu'à l'avenir le cours de la justice soit, au gré du Conseil d'État, ou du Souverain indéfiniment suspendu, nous est attestée, en dehors même du texte de l'ordonnance, par l'avis de la commission de 1828 et par le témoignage de M. Taillandier, son secrétaire. « L'ordonnance propo-

Digitized by Google

sée, disait le premier document, présente une utilité et une amélioration incontestables, en permettant aux tribunaux de passer outre au jugement du fond, si dans l'espace d'un mois, il n'était pas statué sur le conflit, et en attachant ainsi une sorte de sanction à l'observation des délais, dans une matière où la suspension de la justice est le plus grand mal qui puisse affecter l'ordre public et l'intérêt des particuliers, etc. »

Après avoir signalé l'inexécution plus ou moins habituelle de la loi du 21 fructidor an III, M. Taillandier ajoutait : « La forme impérative de l'article dont nous nous occupons ne permet pas de croire que les délais prescrits par la nouvelle ordonnance, ne soient pas rigoureusement observés. A peine seront-ils expirés, en effet, que les parties pourront se présenter devant le tribunal et requérir qu'il soit procédé au jugement sur le fond; ce à quoi le tribunal sera tenu d'obtempérer, par le seul fait que le Conseil d'État n'aura pas prononcé sur le conflit (1). » L'ordonnance restait muette sur la notification de la décision rendue sur le conflit.

L'ordonnance du 12 mars 1831, compliquant les formalités de la procédure par la création d'un ministère public, et déclarant applicables au jugement des conflits, les innovations que l'ordonnance du 3 février 1831 avait introduites dans le fonctionnement du Conseil d'État (la publicité des audiences, et le débat oral pour les affaires contentieuses), on pensa que le délai de quarante jours serait insuffisant. Il fut alors porté à deux mois, terme qu'il ne pouvait autrefois atteindre sans prorogation. En même temps, on combla la lacune de l'ordonnance de 1828, en obligeant le garde-des-sceaux à notifier la dé-

(1) *Commentaire sur l'ordon. de* 1828, p. 186.

Digitized by Google

cision rendue sur le conflit au tribunal devant lequel il avait été élevé. « Il doit être statué sur le conflit dans le délai de deux mois, à partir de la réception des pièces au ministère de la Justice. Si, un mois après l'expiration de ce délai, le tribunal n'a pas reçu notification de la décision, il peut passer outre au jugement de l'affaire » (ordonnance du 12 mars 1831, art. 7).

Le règlement du 28 octobre 1849 se réfère encore à la législation antérieure, en ce qui concerne les délais dans lesquels il doit être statué et la notification faite au tribunal. De plus, aux termes de l'article 15 du règlement de 1849, les délais de deux mois sont suspendus pendant les mois de septembre et d'octobre consacrés aux vacances du Tribunal des conflits.

Aucune modification n'ayant été apportée sur ce point par la loi du 24 mai 1872, c'est encore l'article 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831 qui détermine dans quels délais doit être rendue et notifiée la décision statuant sur l'arrêté de conflit.

Plusieurs hypothèses peuvent se produire sur l'application de cet article.

Dans les trois mois de la réception du dossier complet au ministère de la Justice, le tribunal a reçu notification d'une décision rendue dans les deux mois sur le conflit; nul doute dans ce cas; si l'arrêté de conflit est confirmé, l'instance ne peut être reprise devant l'autorité judiciaire.

Les trois mois se sont écoulés sans qu'aucune notification ait été faite au tribunal : aucune difficulté, l'instance peut être reprise et le tribunal peut juger au fond.

D'autres cas moins simples à résoudre, peuvent également se présenter : d'abord, il peut arriver que le tribunal reçoive, dans le troisième mois, notification d'une dé-

Digitized by Google

cision rendue après les deux mois. Suivant certains auteurs (1), qui s'appuient sur l'autorité considérable de la Cour de cassation, on peut dire, qu'après tout le vœu des ordonnances est suffisamment rempli, dans ce cas, par la notification faite avant l'expiration du troisième mois, et que l'action de la justice étant nécessairement suspendue jusque-là, il n'y a ni danger, ni dommage pour aucun intérêt à donner effet à la décision qui est portée dans ce délai à la connaissance du tribunal saisi.

Dans l'espèce de la Cour de cassation (2), à laquelle on se réfère, les pièces du conflit étaient parvenues à la chancellerie le 22 juin, et l'ordonnance qui statuait sur le conflit n'était intervenue que le 25 août. Mais la notification avait été faite avant l'expiration des trois mois, c'est-à-dire avant le 22 septembre. La partie intéressée, ayant, nonobstant cette décision, formé une demande en reprise d'instance, la Cour de Rennes, par un arrêt fortement motivé du 28 janvier 1836 fit droit à cette demande. La Cour de cassation, à laquelle cet arrêt fut déféré, le cassa en se fondant sur ce que l'ordonnance de 1831, n'ayant pas reproduit la nullité prononcée par l'article 16 de l'ordonnance de 1828, les tribunaux ne peuvent pas prononcer une nullité qui n'a pas été établie par la loi.

Malgré l'autorité qui s'attache à tous les documents émanés de la Cour suprême, nous ne pouvons croire ce système bien fondé. L'ordonnance de 1831 n'a pas voulu, à notre avis, abroger l'article 16 de l'ordonnance de 1828 et supprimer la sanction qu'il avait établie. Elle a simplement substitué un délai fixe à un délai variable suivant

(1) Serrigny, t. I, n° 205; Dufour, t. III, n° 571.
(2) Arrêt du 31 juillet 1837; Dalloz, v° *Conflit*, 204.

Digitized by Google

les cas. L'expiration de ce nouveau délai, sans que le Tribunal des conflits ait statué, entraîne, comme par le passé, la déchéance du conflit et la justice peut reprendre son cours momentanément suspendu. D'ailleurs, comment expliquer que les auteurs de l'ordonnance aient fixé un délai de deux mois pour rendre le jugement et un autre pour le notifier, s'ils avaient entendu qu'une décision rendue dans le courant du troisième mois, serait opposable à l'autorité judiciaire?

Suivant M. Reverchon (1), l'arrêt de 1837 « fait une très inexacte application du principe en vertu duquel les tribunaux ne peuvent prononcer des nullités que la loi n'a pas formellement établies. Même dans le droit commun, cela n'est vrai que des nullités d'exploits ou d'actes de procédure; à plus forte raison, cet adage est-il sans valeur dans les matières administratives, ou la loi ne prononce presque jamais de nullités et où cependant la nullité est la conséquence incontestée de la violation ou de l'inobservation des formes et conditions substantielles que doivent présenter les actes de l'administration. La déchéance, sinon la nullité, est catégoriquement prononcée par l'article 16 de l'ordonnance de 1828, qui ne nous paraît pas avoir été abrogée sur ce point. Enfin, s'il était vrai de dire que les déchéances et les présomptions ne peuvent être prononcées qu'autant qu'elles sont établies en termes sacramentels par la loi, il ne serait même pas possible de déclarer ici non avenue une décision qui n'interviendrait et ne serait notifiée qu'après tous les délais expirés et même après le jugement du fond; car, si l'on admet l'abrogation de l'article 16 de l'ordonnance de 1828, il ne

(1) *Loc. cit.*, p. 566.

Digitized by Google

reste aucun texte, qui, même dans de tels cas, prononce explicitement cette déchéance.

Il peut encore arriver que le tribunal reçoive, avant d'avoir rendu un jugement au fond et après l'expiration du troisième mois, notification d'une décision rendue après les deux mois. Il me semble impossible de soutenir que, dans cette hypothèse, l'autorité judiciaire est encore tenue de s'arrêter devant une décision rendue et notifiée en dehors des deux délais impartis par l'ordonnance. Ce serait tomber dans l'arbitraire.

Enfin, troisième hypothèse, la décision sur le conflit peut avoir été rendue dans les deux mois et notifiée après le troisième mois. Le défaut de notification dans ce troisième mois, aura-t-il le même effet que le défaut de décision dans le premier délai? A coup sûr, si, après l'expiration du troisième mois, le tribunal, n'ayant reçu aucune notification a passé outre et statué sur le fond, son jugement est valablement rendu, car l'ordonnance de 1831 a attaché au simple défaut de notification l'effet d'autoriser les parties à reprendre l'instance et d'obliger la justice à la reprendre sur leur demande. Le doute ne peut exister que dans le cas où aucun jugement sur le fond n'a été rendu. Par un arrêt du 30 juin 1835, la Cour de cassation, constatant que l'article 7 de l'ordonnance de 1831 n'établit pas expressément, à l'égard de la décision rendue sur le conflit, la déchéance que l'ordonnance de 1828 prononçait à l'égard de l'arrêté de conflit, conclut que le défaut de notification dans le délai fixé ne peut pas autoriser les tribunaux à prononcer cette déchéance. On a encore fait remarquer, pour étayer cette solution, que le juge des conflits, s'étant conformé aux prescriptions légales en prononçant sur le conflit dans le

Digitized by Google

délai fixé, l'efficacité et l'exécution du décret intervenu ne sauraient être subordonnées à la diligence que mettra le ministre de la Justice dans la notification qu'il doit faire au tribunal dessaisi.

Cette solution est combattue par des arguments qui nous paraissent décisifs. Évidemment, dans ces deux arrêts de 1835 et 1837, la Cour suprême avait en vue des principes parfaitement exacts en règle générale, mais auxquels précisément l'ordonnance de 1828 a apporté une dérogation remarquable que l'ordonnance de 1831 a laissé subsister. A tort où à raison, ce dernier texte législatif a établi un mode spécial de notification de la sentence intervenue; à tort ou à raison, elle a attaché au simple défaut de notification l'effet d'autoriser les parties à reprendre l'instance, momentanément suspendue par le conflit. Défaut de décision ou défaut de notification, pour les parties c'est tout un; n'étant recevables à vérifier que ce dernier point, il équivaut pour elles au défaut absolu de décision (1).

Rappelons ce que nous avons dit plus haut que le point de départ de ces deux importants délais est fixé par le jour où l'arrêté et les pièces sont arrivés à la chancellerie, que ce point de départ est constaté par l'accusé de réception du garde-des-sceaux et par l'inscription des dossiers sur un registre spécial.

Les pièces dont la réception fait courir le délai sont : les citations, les conclusions des parties, le déclinatoire proposé par le préfet, les observations proposées par le ministère public, le jugement de compétence, l'arrêté de conflit.

(1) Reverchon, *loc. citat.*, p. 567.

Digitized by Google

La production de toute autre pièce, quelqu'importance qu'elle présentât pour le jugement, ne saurait modifier le point de départ du délai, décider autrement serait autoriser le juge du conflit à proroger le délai que l'ordonnance de 1831 a fixé à deux mois, sans aucune prolongation possible.

§ VI. *Nature et effets des décisions rendues au conflit.*

Les comités de législation et du contentieux du Conseil d'État, consultés en 1821, sur la nature des ordonnances rendues en matière de conflit, les avaient définies des actes de haute administration, ne pouvant sous aucun rapport être assimilées à des arrêts. Cette notion, vraie tant que le souverain prononçait lui-même par une ordonnance ou un décret rendu en Conseil d'État, nous semble inexacte aujourd'hui où une juridiction spéciale est appelée à se prononcer. Il est difficile de refuser à ces décisions la qualification de jugements, mais il est toujours vrai que les conflits positifs ne rentrent pas dans la catégorie des affaires contentieuses.

Plusieurs conséquences importantes découlent de ce principe. 1° Les décisions rendues sur conflit ne sont pas passibles des droits d'enregistrement établis sur les jugements et arrêts par l'article 47 de la loi du 20 avril 1816. — 2° Les décisions rendues sur conflit ne doivent prononcer aucune condamnation de dépens à la charge ou au profit des parties qui ont présenté des observations sur le conflit. 3° Enfin, ces mêmes parties n'étant pas directement intéressées au débat, ne peuvent présenter

Digitized by Google

que des observations, n'ont aucun droit à attaquer le décret intervenu, soit par opposition, soit par tierce-opposition, soit par requête civile; en un mot aucune voie de recours ne leur est ouverte contre ces décisions. La jurisprudence du Conseil d'État qui avait varié sur ce point a été définitivement fixée par l'ordonnance du 12 décembre 1821 qui portait : « Faute par les parties d'avoir dans le délai fixé remis leurs observations sur le conflit et les documents à l'appui, il serait passé outre au jugement du conflit sans qu'il y eût lieu à opposition ni à révision des ordonnances intervenues. »

L'article 10 du règlement du 28 octobre 1849 a reproduit cette règle : « Les décisions du Tribunal des conflits ne sont pas susceptibles d'opposition. » Elle subsiste toujours.

La jurisprudence n'admettant pas l'intervention des tiers devant le juge des conflits, la tierce opposition ne saurait être formée devant lui.

Aucun texte, dans les dispositions qui régissent la procédure devant le Tribunal, ne permet de supposer qu'un recours en révision soit possible devant lui.

Peut-on, du moins demander au Tribunal l'interprétation d'une décision dont les termes présenteraient quelque ambiguïté? Évidemment, si cette interprétation était demandée au Tribunal par une des parties intéressées, en dehors de toute contestation, une telle requête serait écartée. La jurisprudence a consacré cette décision (ordonnance du 23 mars 1836). Mais il n'en irait pas de même à notre avis, si la difficulté portant sur l'interprétation de la décision du Tribunal des conflits, se produisait devant le tribunal de nouveau saisi de l'affaire. L'autorité judiciaire aurait le droit de se déclarer incompé-

Digitized by Google

tente pour interpréter cette décision, et si elle passait outre, le préfet serait en droit d'élever un nouveau conflit (ordonnance du 2 juillet 1836). Dans le premier cas, le Tribunal des conflits ne saurait se refuser à admettre le pourvoi des parties en interprétation de sa décision car ce refus équivaudrait à un déni de justice. Nulle difficulté dans la deuxième hypothèse, où naturellement le Tribunal des conflits serait amené à trancher le débat.

Nous avons indiqué que le Tribunal des conflits peut donner au débat qui s'agite devant lui trois solutions différentes. Sa décision peut annuler l'arrêté de conflit, le confirmer, le confirmer sur certains points, l'annuler sur d'autres.

L'arrêté de conflit est annulé.— L'annulation peut porter sur le fond ou être prononcée pour vice de forme. Dans le premier cas, le Tribunal des conflits reconnaît la compétence de l'autorité judiciaire devant laquelle, le procès, momentanément interrompu, peut être repris. Quelle que soit la suite donnée à l'affaire, le préfet ne saurait être admis à élever de nouveau le conflit; il serait sans aucun droit pour le faire, alors même qu'il invoquerait en faveur de la compétence administrative des motifs tout autres que ceux énoncés dans l'arrêté qui a été annulé. En effet, le Tribunal n'a pas examiné seulement les arguments sur lesquels s'appuyait le préfet, mais il se prononce sur la revendication dans son entier (1). Il en serait tout autrement, si le préfet revendiquait par un second arrêté l'examen d'une question préjudicielle, tandis que le premier arrêté annulé visait le fond même de l'affaire?

Le conflit pourrait être élevé de nouveau (2) lorsque

(1) Décret du 8 avril 1852.

(2) Ordonnance du 30 mars 1842.

Digitized by Google

l'annulation a été prononcée pour un vice de forme. Toutefois, plus de quinze jours s'étant écoulés, depuis le jour où le parquet a transmis au préfet le jugement qui a rejeté le déclinatoire qu'il avait présenté, la revendication du préfet ne pourrait se produire qu'en appel, ou devant la juridiction saisie après cassation. En annulant le conflit, le Tribunal des conflits n'a point à indiquer devant quelle juridiction les parties doivent revenir.

L'arrêté de conflit est confirmé. — L'autorité judiciaire est définitivement dessaisie et les actes de la procédure qui a été suivie devant elle sont considérés comme non avenus. Généralement la décision qui confirme l'arrêté de conflit constate cette nullité.

Cette annulation qui comprend avec les autres pièces la citation, ne paralyse pas l'effet de la règle établie par l'article 2246 du Code civil : « La citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription. »

Dans l'hypothèse de la confirmation du conflit, comme dans le cas où il est annulé, le Tribunal qui la prononce n'a pas mission d'indiquer aux parties devant quelle autorité administrative elles doivent se pourvoir. Mais assez souvent cette indication résulte des visas de la décision, comme dans le cas où l'arrêté confirmé est basé sur l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui attribue compétence aux Conseils de préfecture.

L'arrêté est confirmé sur certains points, annulé sur d'autres. — Cette hypothèse se rencontre, par exemple, quand le Tribunal des conflits reconnaît qu'il y a lieu seulement à l'interprétation d'une question préjudicielle par l'autorité administrative, alors que le préfet avait revendiqué pour elle le jugement du fond.

Digitized by Google

Dans cette troisième alternative, on connaît les effets de la décision rendue, en combinant ce que nous avons dit sur les deux hypothèses précédentes. La partie de la procédure judiciaire, relative aux points du litige attribués à l'administration, sera annulée et l'autorité judiciaire sera dessaisie de toute cette partie du procès; compétente, au contraire, pour le surplus, elle en connaîtra sans être troublée par un nouvel arrêté de conflit.

Demandons-nous comment se règlent les dépens faits devant l'autorité judiciaire, avant que l'arrêté de conflit ait été pris?

Lorsque cet arrêté est annulé, l'autorité judiciaire, étant reconnue compétente, statuera sur les frais et dépens, comme sur le fond. Il en sera de même quand 'arrêté de conflit n'aura été annulé que pour partie; tels et tels chefs devant encore être portés devant elle, seule elle aura le droit de prononcer sur tous les frais antérieurement exposés devant elle.

Si l'autorité judiciaire est complètement dessaisie par la confirmation du conflit, la règle, « l'accessoire suit le principal, » sera applicable. Appelée à statuer sur le fond, la juridiction administrative statuera également sur les frais. Toutefois, ce droit pour l'administration est subordonné à la condition que le fond du litige soit porté devant elle, si par suite de quelque événement, une transaction, par exemple, les parties ne donnaient pas suite à leur procès, elles devraient se pourvoir devant un tribunal civil qui, suivant les règles ordinaires, procéderait à la liquidation et à la taxe des dépens et en opérerait entre les parties la répartition.

Digitized by Google

CHAPITRE III.

Du conflit négatif.

§ I. *Conditions de l'existence du conflit négatif.*

« Le conflit négatif est, en quelque sorte, la contre-partie du conflit positif; dans tous les deux, l'autorité administrative et l'autorité judiciaire se trouvent en présence, avec cette différence que, dans un cas, chacune des deux autorités veut s'attribuer la connaissance d'une même affaire, tandis que, dans l'autre, elles se déclarent respectivement incompétente (1). »

Nous avons vu que, dans le cas de conflit positif, l'intérêt public était menacé par la mise en jeu du principe de la séparation des pouvoirs. Rien de semblable dans le conflit négatif. L'interruption des cours de la justice, qui constitue ce conflit d'une nature toute spéciale, ne lèse que les parties en cause et que les intérêts privés engagés dans l'affaire.

(1) Boulatignier, *loc. citat.*, p. 580.

Digitized by Google

Jusqu'au règlement du 28 octobre 1849, la législation resta muette sur les conflits négatifs. Mais l'usage s'introduisit rapidement de se pourvoir devant l'autorité chargée du jugement des conflits positifs. L'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII, déclara le Conseil d'État compétent pour prononcer sur les conflits qui s'élèveraient entre l'administration et les tribunaux, sans établir de distinction entre les deux natures de conflit. En l'absence de règles positives, ces affaires étaient déférées au Conseil d'État de diverses manières. Tantôt il était saisi par les parties qui s'adressaient directement à lui, tantôt par les ministres qui, dans l'intérêt de leur département, lui soumettaient le règlement du conflit. Plus souvent encore, le garde-des-sceaux, à la demande des parties, ou comme chef de la justice, requérait la solution de ces litiges.

Le comité du contentieux fixa progressivement la jurisprudence sur ce point. On admit en pratique, que les parties devaient solliciter le règlement du conflit, par requête signée d'un avocat au Conseil, lorsque les intérêts privés étaient seuls en présence. Lors, au contraire, qu'un service public était en cause, le ministre de la Justice saisissait le Conseil d'État. Cette procédure fut sommairement confirmée par l'article 8 de l'ordonnance du 22 décembre 1821, qui disposa, qu'en ce qui concerne les conflits négatifs, il serait procédé comme par le passé.

L'ordonnance du 1er juin 1828 a passé sous silence les conflits négatifs.

En déterminant la procédure devant la nouvelle juridiction que la constitution du 4 novembre 1848 venait de créér, le règlement du 28 octobre 1849, dans les ar-

Digitized by Google

ticles 17 et suivants, fixa la marche à suivre, en matière de conflits négatifs.

Ces règles survécurent au Tribunal des conflits et bien qu'en fait, le règlement de 1849 fût abrogé, le Conseil d'État de l'Empire continua à les appliquer.

Elles ont été remises en vigueur par l'article 27 de la loi du 24 mai 1872. Dans l'état actuel de notre législation, elles forment le seul texte applicable aux conflits négatifs.

Le conflit négatif résulte du seul fait que l'autorité judiciaire et l'autorité administrative appelées à statuer, sur une même contestation existant entre les mêmes parties, se sont l'une et l'autre déclarées incompétentes. Le concours de ces diverses conditions est nécessaire pour qu'il y ait conflit négatif d'attributions.

Si deux juridictions, appartenant toutes deux au même ordre, soit administratif, soit judiciaire, se déclaraient incompétentes, il y aurait un conflit négatif de juridictions, dont le règlement appartiendrait au tribunal hiérarchique supérieur dans l'ordre dont ce tribunal fait partie.

Il est évident, que si les deux autorités déclinaient leur compétence sur deux questions litigieuses différentes, il ne saurait en résulter un conflit.

Il faut encore, nous avons dit, que la contestation successivement soumise à un tribunal administratif et à l'autorité judiciaire soit pendante entre les mêmes parties. La chose jugée n'a d'autorité qu'entre les parties : pour les tiers, c'est « *res inter alios acta.* » Si donc, l'autorité judiciaire, par une juridiction constante, s'est toujours déclarée incompétente sur certaines questions et que dans une espèce analogue portée devant un tribunal ad-

Digitized by Google

ministratif, celui-ci ait décliné sa compétence, les parties ne sauraient prétendre qu'il y a conflit négatif, avant d'avoir saisi l'autorité judiciaire. Les solutions antérieures, données dans des espèces semblables, ne lient aucun tribunal, il n'y a donc pas de conflit.

Puisque le conflit négatif résulte d'une double déclaration d'incompétence, il ne peut exister que si la décision émanée de l'autorité administrative constitue un véritable jugement. Ainsi, un conseil de préfecture autorise une commune à intenter une action devant les tribunaux, en se fondant, dans les considérants de sa décision, sur ce que cette action appartient à l'autorité judiciaire, puis, le tribunal saisi se déclare incompétent. Quoiqu'il y ait dans cette espèce, contrariété certaine de deux décisions, l'une émanant de l'autorité administrative, l'autre du pouvoir judiciaire, il n'y a pas de conflit négatif. Le conseil de préfecture, en prenant un arrêté qui autorisait une commune à plaider en justice, a fait un acte de tutelle administrative et non un acte de juridiction.

Enfin, il ne suffit pas que les deux autorités aient refusé de connaître la même question, il faut encore que l'une d'elles soit réellement compétente pour en connaître; si les parties se trouvent sans juges, il faut que ce soit non par leur fait, mais par le fait de l'autorité qui, à tort, a décliné sa compétence. Par exemple, si les parties ont successivement saisi un conseil de préfecture et un tribunal de commerce, alors que la contestation rentrait dans la compétence d'un tribunal civil, c'est avec raison que les deux juridictions se sont déclarées incompétentes, il n'y a pas encore de conflit négatif.

Il n'est cependant pas nécessaire que les justiciables aient parcouru tous les degrés de juridiction devant l'au-

Digitized by Google

torité judiciaire et l'autorité administrative, pour être admis à demander le règlement du conflit. Sans doute, les voies de recours leur sont ouvertes et ils peuvent les épuiser toutes avant d'arriver à la voie extraordinaire du conflit, mais les lenteurs et les frais de toutes ces procédures ne leur sont pas imposées, et il leur est loisible de s'adresser directement au juge du conflit négatif, pour faire rétablir le cours interrompu de la justice.

§ II. *Règlement du conflit négatif.*

Les articles 17, 18 et 19 du règlement du 28 octobre 1849, déterminent expressément à qui il appartient de provoquer la solution du conflit négatif. « Lorsque l'autorité administrative et l'autorité judiciaire se sont respectivement déclarées incompétentes sur la même question, le recours devant le Tribunal des conflits pour faire régler la compétence est exercé directement par les parties intéressées » (art. 17).

« Lorsque l'affaire intéresse directement l'État, le recours peut être formé par le ministre dans les attributions duquel se trouve placé le service public que l'affaire concerne » (art. 18).

« Lorsque la déclaration d'incompétence émane d'une part de l'autorité administrative, de l'autre d'un tribunal statuant en matière de simple police ou de police correctionnelle, le recours peut en outre être formé par le ministre de la Justice » (art. 19).

La disposition de l'article 19, déjà consacrée par la jurisprudence du Conseil d'État, n'est que l'application des règles ordinaires du droit. Dans les matières de simple

Digitized by Google

police ou correctionnelles, le ministère public peut agir en dehors de l'initiative que peuvent prendre les parties par voie de citation directe. Il fallait donc, pour que l'ordre public ne restât pas en souffrance quand le cours de la justice est interrompu, que son action fût rendue possible, par l'intermédiaire de son représentant le plus élevé.

Le règlement des conflits négatifs appartient au Tribunal des conflits. Le recours que les parties exercent devant ce tribunal, est formé par requête signée d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (1). Les ministres s'adressent directement au garde-des-sceaux, lorsqu'ils désirent obtenir le règlement d'un conflit négatif.

Les règles de procédure établies par le règlement du 28 octobre 1849 et par la loi du 8 février 1850, sont applicables en matière de conflits négatifs. Toutefois, certaines dispositions spéciales à ces conflits ont été tracées par les articles 21, 22 et 23 du règlement de 1849.

« Lorsque le recours est formé par des particuliers, l'ordonnance de soit communiqué, rendue par le ministre de la Justice, président du Tribunal des conflits, doit être signifiée par les voies de droit dans le délai d'un mois. Ceux qui demeurent hors la France continentale ont, outre le délai d'un mois, celui qui est réglé par l'article 75 du Code de procédure civile (art. 21). »

« Lorsque le recours est formé par un ministre, il en est, dans le même délai, donné avis à la partie intéressée par la voie administrative. Dans les affaires qui intéressent l'État directement, si le recours est formé par la partie adverse, le ministre de la Justice est chargé d'assurer la

(1) Règlement du 28 octobre 1849, article 17, *in fine*.

Digitized by Google

communication du recours au ministre que l'affaire concerne (art. 22). »

« La partie à laquelle la notification a été faite est tenue, si elle réside sur le territoire continental, de répondre et de fournir ses défenses dans le délai d'un mois à partir de la notification. A l'égard des colonies et des pays étrangers, les délais seront réglés, ainsi qu'il appartiendra, par l'ordonnance de soit communiqué (art 23). »

La notification doit, en principe, être faite dans le délai d'un mois. Qu'arriverait-il si le requérant laissait expirer ce délai sans notifier à son adversaire sa demande en règlement de juges? On est généralement d'accord pour admettre que, même alors, sa demande devrait être accueillie. Après, comme avant la demande, le conflit négatif existe, et il faut nécessairement qu'il soit tranché pour que la contestation soit portée devant l'autorité compétente. D'ailleurs, un texte est indispensable lorsqu'il s'agit de la perte d'un droit pour en déclarer la déchéance, et le règlement ne dit pas que telle soit la sanction de l'expiration du délai.

Un mois est accordé à l'adversaire du requérant pour fournir ses défenses. Si, jusqu'à l'expiration de ce délai, il garde le silence, le Tribunal des conflits peut passer outre et statuer sur la question qui lui est soumise. Jusqu'à ce que la décision ait été rendue, rien ne s'oppose à ce que l'intéressé soit admis à présenter ses observations.

Aucun délai n'est imposé au Tribunal pour rendre son jugement.

Le juge des conflits indique dans sa décision quelle est l'autorité compétente pour statuer sur la contestation, il renvoie la cause et les parties devant elle; enfin il déclare non avenue la sentence par laquelle cette autorité

Digitized by Google

a décliné sa compétence. Si aucune des deux autorités, dont les jugements d'incompétence lui sont déférés, n'était compétente, le Tribunal déclarerait qu'il n'y a pas lieu à statuer.

Quant aux dépens, auxquels le tribunal peut certainement condamner, parce que la décision sur son conflit négatif rentre dans les matières contentieuses, ils sont généralement compensés, ou encore laissés d'avance à la charge de la partie qui succombera en fin de cause.

Le tribunal devant lequel a lieu le renvoi n'est pas lié sur les questions de compétence qui n'étaient pas engagées, dans le règlement du conflit négatif.

Il faut, sans aucun doute, appliquer aux décisions rendues sur conflit négatif la disposition de l'article 18 du règlement du 28 octobre 1848, qui déclare inattaquables par la voie de l'opposition, les sentences rendues par le Tribunal des conflits.

Le silence que garde ce règlement sur les autres voies de recours, la tierce opposition, la demande en révision, n'autorise pas à croire qu'elles puissent être suivies. Dans la pensée du législateur les décisions du Tribunal des conflits sont souveraines et définitives.

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

Du conflit en Algérie et dans les colonies.

Il importe de mentionner, pour compléter notre étude, quelques dispositions spéciales à l'Algérie et aux colonies sur le mode d'élever et sur le règlement du conflit. Nous les examinerons rapidement.

ALGÉRIE.

L'exercice et le jugement du conflit en Algérie sont réglés par un arrêté du 30 décembre 1848.

Presque entièrement calqué sur les ordonnances de 1828 et de 1831, cet arrêté assimile l'Algérie à la métropole sous le rapport du règlement des conflits, sauf pour quelques points de détail. Les articles 2, 6 et 9 permettent de baser l'arrêté de conflit sur « une disposition, soit des lois générales, soit des ordonnances ou arrêtés ayant force de loi en Algérie, qui attribue à l'administration la connaissance du point litigieux. »

Digitized by Google

Le paragraphe 3 de l'article 6 impose l'obligation au procureur de la République ou au procureur général de faire connaître au Tribunal ou à la Cour, dans un délai de quinze jours, le déclinatoire proposé par le préfet.

Le délai accordé au préfet pour prendre son arrêté, soit après le rejet du déclinatoire, soit sur l'acte d'appel si le déclinatoire a été admis, est porté à un mois au lieu de quinze jours.

Nous avons remarqué la rédaction défectueuse de l'article 12 de l'ordonnance de 1828, qui semblait laisser au greffier le droit de juger si l'arrêté avait été ou non déposé en temps utile. Les mots *en temps utile* ont disparu dans l'arrêté du 30 décembre 1848, supprimant ainsi tous les doutes que ces termes avaient fait naître.

Le dossier du conflit doit être communiqué au ministre de la Guerre, qui est appelé à fournir les observations devant le Tribunal des conflits. Aux termes des articles 15 et 16 de l'arrêté, le délai de deux mois imparti à l'autorité pour juger le conflit, est porté à trois mois, et quarante jours au lieu d'un mois, sont accordés pour la notification de la décision.

Remarquons encore que, d'après la jurisprudence, le droit d'élever le conflit ne peut être contesté aux généraux qui, dans les territoires militaires de l'Algérie, remplissent les fonctions de préfet.

COLONIES.

La législation qui régit cette matière dans les colonies, présente des différences très marquées avec la législation de la métropole et de l'Algérie. La situation toute parti-

Digitized by Google

culière, dans laquelle se trouve placée l'administration de nos possessions d'outre mer, explique suffisamment ces différences.

L'ordonnance royale du 21 août 1825, applicable à l'île de la Réunion, a organisé un système qui a servi de modèle à toutes les ordonnances et décrets rendus depuis, au sujet des autres colonies (1).

Les articles 160 et 161 sont ainsi conçus :

« Art. 160. Le conseil privé connaît comme conseil du contentieux : 1° des conflits positifs et négatifs élevés par les chefs d'administration, chacun en ce qui le concerne et du renvoi devant l'autorité compétente lorsque l'affaire n'est pas de nature à être portée devant le conseil privé. 2°..., etc. »

« Art. 161. Les parties peuvent se pourvoir devant le Conseil d'État, par la voie du contentieux, contre les décisions rendues par le conseil privé, sur les matières énoncées en l'article précédent. Le recours n'a d'effet suspensif que dans le cas de conflit. »

Les chefs de services administratifs qui peuvent élever le conflit, sont : le contrôleur, l'ordonnateur, le directeur de l'intérieur, le procureur général chef du service de la justice. Ils ont à cet égard un pouvoir propre et ne sont pas tenus d'en référer au gouverneur (2).

Le conseil privé se compose du gouverneur, des chefs de service et de quelques notables habitants (3).

(1) Ordonnance 9 février 1827 (art. 176 et 177), Martinique; et Guadeloupe; *id.* 27 avril 1828 (art. 165 et 166), Guyane française; *id.* 23 juillet 1840 (art. 108 et 109), Établissements français de l'Inde; *id.* 7 septembre 1840 (art. 113 et 114), Sénégal; *id.* 18 septembre 1844 (art. 105 et 106), Saint-Pierre et Miquelon.

(2) Décret du 4 septembre 1856.

(3) Dalloz, *Répertoire, Organ. coloniale*, nos 279 et suiv.

Digitized by Google

Un décret du Conseil d'État du 24 décembre 1845, a décidé que le conflit pouvait être élevé sans déclinatoire, l'ordonnance de 1828 n'ayant pas été publiée dans les colonies.

Mais les principes généraux du droit sont obligatoires pour ce Conseil. C'est ainsi que la jurisprudence décide qu'il doit se borner à régler la compétence et ne peut se prononcer sur le fond de l'affaire, alors qu'il n'a pas été saisi par les parties et que la contestation ne rentre pas dans sa compétence (décret du 10 mai 1860), qu'il ne peut condamner aux dépens une partie qui adresse de simples observations sans poser de conclusions (*ibid.*), qu'il ne peut donner des ordres à l'autorité judiciaire et que notamment il excède ses pouvoirs, en défendant à un tribunal de s'immiscer à l'avenir dans l'affaire qui a donné lieu au conflit (ordonnance du 24 décembre 1845).

On s'est demandé si, depuis 1872, le Conseil d'État conserve la compétence qui résultait pour lui de l'article 161 de l'ordonnance du 21 août 1825 et des autres ordonnances analogues, ou si elle a été transférée au Tribunal des conflits. La question n'a pas été soulevée pratiquement jusqu'à ce jour. Suivant M. Reverchon (1), la loi de 1872 n'a eu en vue que les conflits proprement dits, c'est-à-dire ceux qui sont élevés en France et en Algérie et sont réglés par l'ordonnance du 1er juin 1828 et par l'arrêté du 13 décembre 1848. Nous inclinons à croire, avec lui, que la législation spéciale aux colonies, sur laquelle les lois des 24 mai 1872 et 4 février 1850 sont muettes, est demeurée en vigueur.

(1) Reverchon, *loc. cit.*, p. 188 et suiv.

Digitized by Google

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Les actions de bonne foi, qui tendent à une restitution, une exhibition ou à une satisfaction ne consistant pas en argent, sont arbitraires.

II. L'action noxale n'est arbitraire que si l'action directe l'est elle-même.

III. Le *jussus judicis* est susceptible d'exécution forcée, dans le dernier état du droit formulaire.

IV. L'action *præscriptis verbis* est toujours de bonne foi.

V. L'action *venditi*, lorsqu'elle tend à faire triompher un pacte résolutoire joint à la vente, est arbitraire.

VI. Le défendeur seul pouvait faire donner le caractère arbitraire à l'action délivrée à la suite d'un interdit restitutoire ou exhibitoire.

DROIT CIVIL.

I. La femme séparée de biens ne peut pas, en dehors de l'administration, contracter des obligations personnelles exécutoires sur son mobilier.

Digitized by Google

II. Les héritiers du donateur ne peuvent pas opposer au donataire le défaut de transcription.

III. La règle « *quæ temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* » n'existe plus dans notre droit, l'article 1304 a limité la durée de l'exception, aussi bien que celle de l'action.

IV. L'emphytéose temporaire a été supprimée par le Code civil et ne saurait plus constituer aujourd'hui un droit réel immobilier au profit du preneur.

V. Dans le contrat de louage le preneur n'a qu'un droit purement personnel, une simple créance de jouissance.

VI. La constitution de dol est un titre lucratif quant à la femme, onéreux quant au mari.

VII. Un second acheteur peut exercer directement son action en garantie contre le vendeur primitif.

VIII. L'héritier pour partie, après qu'il a payé la part de dettes dont il est personnellement tenu, ne peut purger l'immeuble hypothéqué qui a été placé dans son lot.

DROIT COUTUMIER.

La maxime de Loysel : « En France puissance paternelle n'a lieu, » doit être entendue dans un sens restreint.

DROIT PÉNAL.

I. L'article 128 du Code pénal est applicable même dans le cas où la revendication faite par l'administration ne l'aurait pas été régulièrement.

II. La personne lésée par une infraction ne peut plus, après avoir soumis son action au tribunal de répression, se désister avant le jugement, pour saisir le tribunal civil.

Digitized by Google

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Le conflit peut être élevé devant le juge des référés.

II. Le préfet compétent pour élever le conflit est toujours le préfet du département dans la circonscription duquel est situé le tribunal saisi du litige en première instance.

III. Le tribunal mis en face d'un arrêté de conflit même irrégulièrement élevé doit surseoir à toute procédure.

IV. L'abrogation de l'article 75 de la constitution du 22 frimaire an VIII, prononcée par le décret du 19 septembre 1870, n'a pas eu pour conséquence de livrer aux tribunaux ordinaires l'appréciation des actes administratifs, à raison desquels les fonctionnaires publics seraient poursuivis devant eux.

V. Le tribunal judiciaire devant lequel le conflit est élevé n'a pas à apprécier la régularité de cet acte.

Vu par le Président de la thèse,

E. GARSONNET.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer.

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DES ACTIONS ARBITRAIRES.

Pages.

CHAPITRE I. — Notions générales 3

CHAPITRE II. — Quelles actions sont arbitraires 9

§ 1. Actions *in rem* arbitraires 10

§ 2. Actions personnelles arbitraires 12

CHAPITRE III. — De l'*arbitrium judicis* 31

CHAPITRE IV. — Du *jussus judicis* 41

CHAPITRE V. — Des actions arbitraires sous Justinien 55

CHAPITRE VI. — De la règle *omnia judicia sunt absolutoria* .. 57

CHAPITRE VII. — Les actions arbitraires et le droit français ... 60

DROIT FRANÇAIS.

DES CONFLITS D'ATTRIBUTIONS.

CHAPITRE I. — Notions préliminaires et historiques 60

CHAPITRE II. — Du conflit positif 117

§ 1. Matières qui peuvent donner lieu au conflit positif et juridictions devant lesquelles il peut être élevé 117

Digitized by Google

Pages.

§ 2. Agent compétent pour élever le conflit..,..... 140
§ 3. Phase de l'instance judiciaire où le conflit peut être élevé..... 153
§ 4. Procédure à suivre devant le Tribunal saisi de la contestation..... 162
§ 5. Autorité compétente pour statuer sur le conflit. Procédure à suivre devant cette autorité..... 197
§ 6. Nature et effets des décisions rendues sur conflit.... 239
CHAPITRE III. — Conflit négatif..... 244
§ 1. Conditions de l'existence du conflit négatif..... 244
§ 2. Règlement du conflit négatif..... 248
CHAPITRE IV. — Du conflit en Algérie et dans les colonies..... 252

Ex.c.w.

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

1/3/27

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION

BAR-LE-DUC, IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

Digitized by Google

1883
12

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA POSSESSION DES MEUBLES

EN DROIT ROMAIN

DE L'ALIÉNATION DES VALEURS MOBILIÈRES

PAR LES ADMINISTRATEURS DU PATRIMOINE D'AUTRUI

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 5 avril 1883, à 2 heures 1/2

PAR

Raymond SALEILLES

Président : M. Ch. BUFNOIR, *professeur.*

Suffragants : MM. VUATRIN, DESJARDINS, *professeurs.* — JOBBÉ-DUVAL, LARNAUDE, *agrégés.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1883

Digitized by Google

Digitized by Google

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA POSSESSION DES MEUBLES

EN DROIT ROMAIN

DE L'ALIÉNATION DES VALEURS MOBILIÈRES

PAR LES ADMINISTRATEURS DU PATRIMOINE D'AUTRUI

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 5 avril 1883, à 2 heures 1/2

PAR

Raymond SALEILLES

Président : M. Ch. BUFNOIR, *professeur.*

Suffragants : MM. VUATRIN, DESJARDINS, *professeurs.* — JOBBÉ-DUVAL, LARNAUDE, *agrégés.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1883

Digitized by Google

JUN 27 1921

Digitized by Google

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES MAITRES *

A MES AMIS

* Je suis heureux de comprendre sous le même témoignage de reconnaissance Messieurs les Professeurs de l'École de Droit, dont quelques-uns ont bien voulu m'aider de leurs conseils, dont les autres m'ont laissé par leur enseignement un ineffaçable souvenir, et mes Maîtres de la Faculté libre de Paris, qui, par leur science et leur dévouement, n'ont cessé d'être, pour moi, au cours de mes études, les guides les plus sûrs et les plus bienveillants.

Digitized by Google

Digitized by Google

AVANT PROPOS

> Æquitate constituenda summos cum infinis pari jure retinebat. Jus enim semper est quæsitum æquabile, neque enim aliter esset jus.
>
> Cic. de off. II, 12.

Le fait capital de notre état économique moderne est l'importance toujours croissante prise par la fortune mobilière. On peut dire, au point de vue historique, que son développement a préparé et facilité celui de la démocratie en Europe; c'est en dehors de la possession des terres, par le commerce et l'industrie, que le tiers-état a grandi, pris de l'influence, et conquis une situation égale, sinon supérieure en fait, à celle des grands propriétaires fonciers (1). A la veille de la Révolution, l'intérêt de la dette publique montait à 206 millions de francs et presque tous les créanciers de l'État étaient du tiers (2). Son influence a survécu au triomphe du nouvel état politique introduit en France en 1789; après avoir été l'une des causes, elle resta comme l'un des effets les plus immédiats. Cet état de choses, en effet, contribue et se plie merveilleusement à l'élévation subite des fortunes, conséquence ordinaire des succès rapides dans toute société démocratique; plus facilement encore il se prête à leurs chutes et à leurs revers non moins fréquents; et par la mobilité avec laquelle il peut faire passer les richesses d'un patrimoine à l'autre, il opère une répartition des biens, plus changeante et moins assurée il est vrai, mais aussi plus égale et moins artificiellement limitée à un petit nombre de privilégiés. Peut-être lui devrons-nous, dans un avenir que l'on peut prévoir, l'amélioration du sort des classes ouvrières; et c'est à lui assurément qu'il faut attribuer ce merveilleux essor industriel qui est comme l'aliment, la source et en même temps l'effet direct de la richesse mobilière. Cet état de fait doit avoir son contre-coup au point de vue juridique; aussi peut-on signaler en ce moment un grand courant d'études de ce côté.

Au point de vue du droit, la situation générale faite aux biens mobi-

1. Voltaire. *Siècle de Louis XIV*. Ch. 30 et 31, Arthur Young, II, 360, 375; de Tocqueville, 255; Taine : *L'ancien régime*, ch. III, § 2, p. 400, et suiv.

2, Taine, *loc. cit.*, p. 403. note 2, et les autorités citées.

Digitized by Google

liers peut avoir pour base deux courants d'idées très différents : Ou bien on peut n'envisager que la nature même de ces sortes de biens, leur facilité de transmission, leur mobilité, pour certains d'entre eux leur fragilité d'existence et le défaut complet d'individualité, et n'accepter pour eux, en égard à la situation faite aux immeubles, que les différences commandées par ces caractères eux-mêmes, et encore pour les meubles seulement où ils se rencontrent avec cette précision et cette certitude ; ou bien, ne tenant plus compte seulement de la nature intrinsèque des choses, on peut soumettre les meubles en général à certaines conditions artificielles et voulues, dérivant de conceptions politiques et sociales étrangères au droit privé lui-même. Le premier point de vue ne constitue pas un système, il donne lieu seulement à un ensemble de constatations de fait qui s'imposent en quelque sorte ; ce fut le seul admis en droit romain, où l'exactitude de cette dernière proposition se trouve démontrée par le fait même que les jurisconsultes de l'époque classique ne reconnaissaient aucune valeur théorique à la distinction des biens en meubles et immeubles. Le second a donné lieu au contraire à un véritable système ; il prédomina dans notre ancien droit coutumier et son influence pénétra jusque dans la législation moderne. On revient aujourd'hui aux tendances romaines. Il est donc fort intéressant de rechercher, en se plaçant au seul point de vue de la nature des choses, quel degré d'assimilation peut exister entre les meubles et les immeubles, et quelles différences naturelles peuvent et doivent les séparer.

Ce n'est pas cette étude complète que nous prétendons faire en droit romain et en droit français ; elle demanderait l'examen détaillé de toutes les matières du droit privé ; nous ne pouvons l'envisager qu'à un point de vue particulier et nous devons la renfermer dans un cadre spécial. Nous avons choisi dans les deux législations, deux sujets en apparence quelque peu étrangers l'un à l'autre, mais qui se trouvent reliés par le but général de notre étude ; ce sont les deux points peut-être où cette recherche peut se faire avec le plus d'intérêt et qui feront le mieux apparaître les divers points de vue législatifs auxquels se sont placés les jurisconsultes anciens et modernes.

En droit romain, nous étudierons la possession des meubles ; la possession, qui est cette matière si originale, si profonde et si pratique, que le droit romain a presque trouvée, créée, analysée dans tous ses détails ; qui est la garantie effective de la propriété, ou plutôt qui est presque la propriété elle-même sous sa forme concrète et vivante. De plus c'est une des rares matières où s'accentue la différence entre les meubles et les immeubles.

En droit français, nous ne pouvions, à moins de détruire l'analogie, nous placer exactement sur le même terrain ; car dans notre législation, pour la

Digitized by Google

plupart des meubles la possession se confond presque toujours avec la propriété (art. 2279). Nous nous sommes donc restreint à une catégorie de meubles qui sorte de la classe ordinaire, qui puisse constituer un véritable élément de fortune et dont la propriété échappe aux dangers de la dépossession, par suite non comprise dans la règle de l'article 2279.

Nous nous sommes ainsi limités aux valeurs mobilières proprement dites, qui sont, sous un certain rapport des meubles rapportant revenu, des meubles qui travaillent et produisent, comme étaient les esclaves dans le patrimoine romain. Mais à part ce rapprochement lointain, quelles différences entre ces deux objets de propriété? L'esclave était presque une propriété territoriale, et semblait plus encore être attaché à la maison, au domaine, qu'à la personne du maître : on ne s'en défaisait que s'il était vicieux ; le garder, l'immobiliser, le voir vieillir dans le palais où il sert, était presque un luxe pour les patriciens. Nos valeurs mobilières se détachent au contraire par leur essence même de la propriété foncière, et ce sont elles qui opèrent la séparation entre les deux classes de propriété ; loin de se concentrer dans les mêmes mains que les biens immobiliers, elles servent surtout à l'enrichissement de ceux qui n'ont pas de terres et ce sont elles, à peu près seules, qui ont commencé et continuent à produire cette révolution économique que nous signalions au début de cette étude. C'est sur elles que l'attention doit se porter aujourd'hui.

Nous avons voulu les étudier au point de vue de l'administration du bien d'autrui ; car c'est dans cette hypothèse surtout que se révèle le système de la loi à leur égard, l'intérêt et l'attention qu'elle leur porte. Ce n'est pas tant qu'elles restent à l'entière et unique disposition du propriétaire que les précautions et les garanties de la loi peuvent se manifester ; celles-ci n'ont de raison d'être que le jour où ces valeurs se trouvent livrées à la discrétion d'un tiers qui les administre comme mandataire conventionnel ou légal.

Ainsi donc la relation entre les deux matières, objets de cette étude, peut ne pas apparaître au premier abord ; au fond, c'est la recherche de la même idée que nous avons voulu poursuivre, examiner la situation de la fortune mobilière en droit romain et en droit français.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT ROMAIN

DE LA POSSESSION DES MEUBLES

(Notions générales et étude plus particulière de l'interdit Utrubi).

INTRODUCTION.

1. — La distinction des biens en meubles et immeubles ne se trouve nulle part présentée dans les textes sous une formule générale, susceptible d'une valeur théorique quelconque. La circonstance de fait qu'un objet peut être facilement déplacé, que tel autre au contraire est doué d'une fixité absolue ou partielle, ne saurait en bonne logique influer sur la nature du droit que l'on peut avoir sur les choses soumises à notre disposition, ni sur les garanties qui l'entourent ; en réalité l'exercice du droit pourra être différent suivant l'objet ; son caractère, sa légitimité, sa valeur et son étendue restent les mêmes. Au point de vue du droit et de ses garanties, les choses matérielles peuvent prétendre à l'égalité, au même titre que les personnes. Pour elles comme pour ces dernières, égalité signifie justice ; inégalité, arbitraire. Que la loi, se basant sur les caractères accidentels de l'objet, ses avantages relatifs, ou toute autre circonstance, le déclare digne d'une protection particulière et l'entoure de privilèges spéciaux, elle ne fait que substituer son appréciation à celle du véritable intéressé, le propriétaire du bien ; et, pour le cas où celui-ci se trouverait d'un avis différent, classer les différents biens qui lui appartiennent dans un ordre hiérarchique inverse de celui qui convient à ses véritables intérêts : en pareil cas l'arbitraire du législateur se trouve encore substitué à la liberté de l'individu, qui est le sujet du droit ; la justice est violée. Aussi le droit romain qui était fondé sur le principe de l'égalité théorique de l'être humain, considéré comme sujet du droit, devait nécessairement admettre l'égalité des choses, en tant qu'objet du droit (1).

1. Cf. Ihering. Esprit du droit romain. L. 2, 1e partie, tit. II, ch. II, § 33, traduct. p. 105, 106 et 107.

Digitized by Google

2. — Ceci ne veut pas dire que le droit romain ait soumis toutes les choses à une identité absolue de situation et de régime au point de vue juridique ; pas plus qu'il n'imposa aux personnes dans la famille ou la société une égalité factice contraire aux inégalités de fait que crée et présente la nature. Reconnaître ce qui est vrai en fait, faire la part des diversités qui sont de l'essence des choses et ne créer aucune supériorité artificielle, c'est en cela seulement que consiste l'égalité. Aussi le droit romain nous présente-t-il de nombreuses distinctions des choses, suivant les services auxquels elles étaient affectées (*res sacræ*, *res religiosæ*, *publicæ*, etc.) ; suivant leur destination dans le patrimoine (*res mancipi*, *nec mancipi*), et d'autres encore; mais dans chacune d'elles les choses peuvent se trouver classées indépendamment de leur qualité de meuble ou d'immeuble ; c'est ainsi également quand les empereurs Septime-Sévère et Constantin eurent prohibé l'aliénation de certains biens de mineurs, quelques-uns parmi les meubles furent compris dans cette interdiction. En un mot les différences générales applicables à tous les objets mobiliers relativement aux immeubles, sont toujours basées, dans les cas très-rares où cela se présente, sur la nature des choses, c'est-à-dire sur l'incompatibilité existante entre la possibilité de déplacement et telle disposition de droit. C'est l'un de ces cas, peut-être le plus remarquable d'entre eux, qui doit être l'objet de cette étude. Quelques indications générales sur la nature même de la possession suffiront à démontrer l'exactitude des idées que nous venons d'émettre.

3. — La possession est en quelque sorte la transparence, l'image de la propriété, en ce sens qu'elle est la propriété même révélée dans son rapport extérieur, l'extériorité de la proprieté, comme dit Ihering (1) ; elle est la forme même sous laquelle celle-ci apparait et s'exerce dans le monde des faits, abstraction faite de son fondement sous le rapport du droit. Ce qui fait que, en même temps qu'elle apparaît comme rattachée à la propriété dont elle est le signe et la manifestation, elle en est cependant indépendante, comme serait un miroir qui garderait l'empreinte d'une personne alors même qu'elle a disparu. Que l'exercice et la légitimité juridique du droit ne puissent être confondus, c'est une idée qui se retrouve dans toutes les législations ; mais que cet exercice, lorsqu'il se présente sous certaines conditions, doive être protégé en dehors de la légitimité au point de vue juridique, lors même que celle-ci fait publiquement défaut, c'est là un système original, étrange et qui ne se retrouve qu'en droit romain. Grâce en effet à la théorie possessoire nous verrons que le voleur, le *raptor*, pourra en certains cas invoquer sa dé-

1. Du fondement de la protection possessoire, 2e édit. traduct. de de Meulanaere, ch. XI, p. 164.

Digitized by Google

tention, bien qu'illégitime, à l'encontre du propriétaire lui-même, et obliger celui-ci à faire la preuve, souvent difficile, de son droit.

Quelle peut être l'explication de cette anomalie au moins apparente? C'est là un des problèmes les plus élevés qui aient été présentés à l'étude profonde des jurisconsultes ; depuis les premiers glossateurs, jusqu'aux juristes français, du XVIe et du XVIIIe siècle, et de ceux-ci jusqu'aux maîtres de l'école allemande moderne, il n'a cessé de donner lieu aux recherches les plus minutieuses, aux débats les plus célèbres. Les uns, comme Savigny (1), lui donnent comme but et comme fondement unique, la répression de la violence. Tout fait de l'homme qui entrave, dans le domaine des faits, l'action de son semblable, est en lui-même illégitime, avant même qu'il y ait lieu de rechercher si cette action à laquelle il s'oppose était ou non fondée en droit. La justice, telle qu'elle est établie dans toute société, est donc, sauf le cas de légitime défense, l'intermédiaire obligé de toutes les revendications qui ont pour base la violation d'un droit quelconque. Admettre que l'on puisse se faire justice à soi-même, ce serait créer un état de trouble permanent et nuisible à tous les intérêts. Si cependant cette idée est la seule prise en considération, on peut s'étonner que le simple détenteur victime de la violence, n'ait lui-même aucun recours et dépende du bon plaisir de celui pour lequel il possède ; que celui enfin qui se trouve dépouillé d'une chose hors du commerce n'ait pas d'action basée sur sa propre possession. D'autres, comme Gans (2) et Puchta et plus tard Bruns, ont fait de la théorie possessoire à Rome le légitime hommage rendu à toute manifestation de la volonté individuelle dans le domaine des faits, en dehors de toute relation avec la volonté universelle qui est le droit proprement dit. La liberté humaine dès qu'elle apparaît et se réalise dans une action extérieure, a un droit intrinsèque au respect de tous, tant qu'il n'est pas démontré qu'elle est en désaccord avec la loi qui régit le concours et l'harmonie de toutes les libertés individuelles. C'est ainsi que celui qui exerce sur une chose matérielle son action souveraine et témoigne par ses actes la volonté d'en être maître a droit d'être respecté tant qu'il n'est pas prouvé qu'il n'est pas en opposition avec le respect dû à l'action libre d'autrui (3). Quelques-uns, comme Stahl, envisageant la question à un point de vue moins philosophique, ne voient dans le système romain que la consécration d'un but d'économie générale. Enfin Ihering s'attache à démontrer que la possession, telle qu'elle

1. Savigny, traité de la possession, trad. de Faivre d'Audelange, § 2, p. 7 et 8.

2. *Gans*, Ueber die Grundlage des Besitzes, Berlin, 1839. *Puchta*, Ueber die Existenz des Besitzrechts (Mélanges n° 15, p. 265 note a) cf. Bruns — Recht des Besitzes im Mittelalter, etc. § 58.

3. Cf. Molitor : Possession...., p. 15-30.

Digitized by Google

était comprise et organisée, était l'armure nécessaire, indispensable du système de la propriété individuelle, existant comme un principe immatériel en dehors de tout exercice visible et tangible. Sans elle, la propriété est livrée à toutes les discussions, à toutes les recherches lointaines dans le passé; elle est dénuée de sa fixité nécessaire et de la sécurité qui doit en être le caractère le plus immédiat.

4. — Cette dernière nécessité est sans doute la seule qu'aient directement entrevue les jurisconsultes Romains; elle concorde assez bien, quoique en pense Ihering, avec l'opinion de Niebuhr sur l'origine des interdits possessoires; puisqu'à son avis la possession aurait été imaginée pour remplacer la propriété elle-même sur des terres qui n'en étaient pas susceptibles. Cela ne veut pas dire toutefois que chacune des idées mises en avant par les autres systèmes ne trouve pas sa consécration dans la théorie romaine de la possession; nullement. Il est de ces institutions tellement en harmonie avec les nécessités sociales et l'utilité universelle que bien qu'établies dans un but restreint et tout spécial, elles se trouvent répondre à un grand nombre de besoins généraux peut-être inaperçus du législateur lui-même. C'est ainsi que les actions possessoires se trouvent être la consécration la plus directe de l'empire exercé par la volonté de l'être humain sur les choses soumises à son pouvoir; c'est ainsi qu'elles concourent avant tout au maintien de l'ordre social par la répression de la violence repoussée par cela seul qu'elle est la violence, sans considération immédiate de sa raison d'être. Sanction de la liberté humaine, protection contre la force brutale, moyen de défense de la propriété, la theorie possessoire est tout cela. Cela explique que pour répondre à ces buts divers, elle doive se concentrer dans le domaine du fait, être quelque chose de simple, de tangible, de manifeste; elle se résume en principe, et sauf explications ultérieures, dans cette idée essentielle, l'exercice normal de la propriété. Or si le droit immatériel reste le même, nous l'avons dit, quel que soit l'objet auquel il s'applique, il en est tout autre de sa manifestation dans le domaine des faits. Tout le monde comprend qu'on ne jouisse pas de certains objets de la même façon que de tels autres; qu'on ne se comporte pas à l'égard d'un meuble susceptible de disparition soudaine, comme à l'égard d'un fonds de terre que personne ne peut vous enlever, ni déplacer.

L'exercice du droit de propriété comporte donc des différences de fait, suivant qu'il a pour objet des meubles ou des immeubles; et la possession, qui est la constatation de cet état de fait, réflète ces différences; ainsi s'explique que en cette matière le droit Romain présente certaines distinctions générales fondées sur le caractère mobilier ou immobilier des choses, ces distinctions sont commandées par la nature des choses elle-même.

Digitized by Google

5. — Cette idée générale et essentielle posée au début, il nous reste à la suivre dans les détails de la matière : Nous répartirons les explications sommaires que nous avons à donner sur ce sujet dans les trois chapitres suivants :

1° Conditions d'existence de la possession en matière mobilière;

2° Protections établies en vue de la possession des meubles;

3° Effets et avantages indirects de la possession.

6. — Dans le premier chapitre nous essaierons de donner une idée quelque peu exacte de la possession et rechercherons à quelles conditions elle s'établit, se maintient et se perd.

7. — Dans le second nous étudierons les actions judiciaires établies pour la protection et la défense de la possession des meubles, soit celles qui ont pour but de la maintenir contre les attaques dont elle peut être l'objet, ou de la faire recouvrer quand elle a été perdue, soit celles qui, au cas de dépossession injuste, n'ont en vue que la réparation du préjudice commis et ne prennent en considération que l'intérêt pécuniaire que pouvait offrir la détention de l'objet : c'est ainsi que nous aurons à présenter quelques considérations sur le *furtum* et entrerons dans l'étude détaillée de l'interdit *utrubi*.

8. — Dans le troisième, connaissant à quelles conditions la possession existe et de quelles garanties cette existence est entourée, nous étudierons les avantages indirects qu'elle peut produire ; nous rappellerons l'effet important qui lui est attribué dans la revendication de la propriété, nous la verrons ensuite conduire à la propriété elle-même par l'usucapion, et en attendant assurer, à celui qui les recueille de bonne foi, le maintien des fruits et revenus produits par l'objet possédé.

Nous tenons surtout, ce plan aurait suffi à l'indiquer, à présenter une vue d'ensemble générale; nous insisterons principalement sur les dispositions qui ont en vue le caractère mobilier des choses et n'entrerons dans quelques détails que sur les points qui se rattachent exclusivement à la possession, telles que les conditions de son existence et l'interdit *utrubi*; nous nous contenterons de rattacher à l'ensemble les sujets dans lequels la possession n'est pas ainsi exclusivement l'élément principal.

Digitized by Google

CHAPITRE I

CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA POSSESSION DE MEUBLES

Idée analytique de la possession.

9. — La possession, dit-on généralement, est l'exercice normal de la propriété; c'est-à-dire sa manifestation dans le domaine des faits. Il semblerait donc à ce point de vue qu'elle dût se résoudre dans la pure constatation d'une action physique sur les choses soumises à son empire. Je me sers de tel meuble, j'emploie à mon service tel esclave ; tel est bien l'exercice matériel de la propriété, et il semble que dans une matière où l'on écarte la question de droit, ceci doive suffire. Le but immédiat de la possession est de donner raison aux faits apparents et d'écarter de prime abord toute complication fondée sur le rapport intellectuel qui existe entre l'homme sujet du droit et les choses soumises à son pouvoir, d'ecarter également tout élément fondé sur les relations juridiques qui ont pu déterminer le pouvoir du détenteur relativement à la chose possédée. En un mot il suffirait de s'en tenir à la seule détention ; et il devrait en être ainsi en effet si, comme le voulait Savigny, la protection possessoire était uniquement fondée sur le désir de réprimer la violence en elle-même, quelle que soit la cause qui puisse la légitimer. Nous avons indiqué que tel n'était pas exclusivement le point de vue romain. La théorie possessoire a été créée et surtout organisée en considération du système admis sur la propriété. Dans ce système, tel qu'il était conçu à Rome, celui dont le droit était contesté, devait fournir au moins deux preuves, et souvent trois pour être complétement à l'abri de toute poursuite et contestation. Il lui fallait prouver d'abord que celui dont il tenait la chose en était bien propriétaire, démontrer ensuite la validité de l'acte qui avait opéré en sa faveur transmission du droit de propriété ; et enfin, s'il voulait être à l'abri de toute action personnelle ultérieure (*condictio*), établir la légitimité de cette transmission elle-même, c'est-à-dire la cause en vertu de laquelle elle a eu lieu, le *negotium juris* qui est à sa base. Ces preuves étant difficiles, la question revenait de savoir lequel des deux adversaires, à défaut de preuve complète, devait être reconnu propriétaire ; la réponse était simple : Celui qui, abstraction faite des trois points ci-dessus, avait en fait les attributs essentiels et l'apparence du propriétaire. C'est ainsi que tout débat sur la possession sera le prélude d'un débat ultérieur sur la propriété, il aura pour

Digitized by Google

but de régler le sort provisoire de l'objet au cas de contestation sur le fond du droit. et son sort définitif, si celle-ci étant intervenue, la preuve de l'adversaire est restée insuffisante. Au pétitoire, les deux parties affirmeront être propriétaires ; laquelle, au cas de preuve incomplète, doit garder le bénéfice de cette prétention ? Celle qui en avait la priorité, celle qui n'avait cessé d'affirmer son droit et d'agir conformément à cette affirmation.

10. — C'est ainsi qu'en vue du débat contradictoire qui peut s'élever plus tard sur le fond du droit, l'existence de la possession implique non-seulement l'exercice de fait du droit de propriété, mais l'affirmation par l'agent en qui il se réalise que cet exercice correspond au droit lui-même. On ne peut expliquer autrement la coexistence des deux éléments que l'analyse a depuis longtemps indiqués comme étant les deux conditions fondamentales de la possession, l'un l'elément matériel, qui est le fait d'agir en propriétaire, ou *corpus*, l'autre l'élément intentionnel ou intellectuel, qui est la prétention d'être propriétaire, ou *animus*. Si l'on eut voulu seulement se référer à une simple présomption en vue de déterminer qui avait le plus de titre à être reconnu propriétaire, il eut suffi de prendre en considération l'exercice de fait sans exiger aucun élément intentionnel, car il peut arriver fort bien qu'on soit propriétaire sans en avoir conscience ; tel est le *furiosus*, tel est l'*infans*, qui usent des choses sans avoir l'idée de leur propre droit ; s'ils se comportent en propriétaires, c'est-à-dire jouissent des choses exclusivement à tout autre, sans que personne leur ait jusqu'alors contesté ce bénéfice, n'est-il pas présumable alors qu'ils le font à bon droit, et quelle nécessité y a-t-il, pour les reconnaître possesseurs, qu'ils puissent concevoir et affirmer ce droit lui-même ? Et cependant cette dernière exigence était incontestable ; c'est que, au cas de débat sur la propriété, c'est la volonté personnelle qui se trouve en jeu et qui doit affirmer l'existence du droit; il faut donc que cette volonté personnelle se retrouve dans la possession ; et celle-ci ne peut appartenir qu'à celui qui a conscience de son droit, à celui qui manifeste publiquement sa volonté d'avoir vis à vis de tous tel ou tel pouvoir sur les choses qu'il detient. Ainsi donc le droit de propriété peut bien, en tant que pur droit, appartenir à quelqu'un à son insu, comme par exemple les choses héréditaires aux héritiers ignorant le décès de leur auteur (1) ; mais en tant qu'il se manifeste extérieurement, il ne se comprend que s'il est rattaché à celui qui l'exerce par des signes visibles de la volonté de celui-ci d'être propriétaire.

11. — La manifestation, en quelque sorte tangible, du droit de propriété, comprend donc des actes extérieurs et un acte intime, un acte de

1. Il en est ainsi à Rome pour les *heredes sui*.

Digitized by Google

volonté à la base. Mais comment dans une matière de fait et d'observation, demander à ce qu'on scrute la volonté du détenteur pour savoir si vraiment les actes qu'il fait, il entend les accomplir comme propriétaires ! Ce serait demander l'impossible, et les Romains, gens essentiellement pratiques, se sont bien gardés d'exiger semblable preuve. Tout ce qu'ils demandent pour la preuve de l'*animus* se réduit à ces deux conditions : 1° que celui en qui il est supposé exister ne se trouve lié antérieurement par aucune attestation contraire ; 2° qu'à un moment quelconque l'attestation de son droit ait été manifestée par un acte matériel qui ne puisse s'expliquer que par la prétention d'être propriétaire. La première règle explique comme quoi ceux qui par convention antérieure se sont reconnus simples détenteurs du bien d'autrui, comme le fermier ou l'usufruitier, ne possèdent pas, et n'ont droit à aucune des actions judiciaires qui protègent la possession. C'est qu'en effet ils ont déclaré eux-mêmes qu'ils étaient inadmissibles à se dire en justice propriétaires ; on n'a pas à leur garantir une situation qui ne doit servir qu'à celui seul qui pourra être un jour obligé de revendiquer le droit de propriété lui-même. La seconde règle indique que l'*animus* doit s'être révélé par un fait matériel ; ce fait par lequel la possession a dû nécessairement commencer est l'appréhension, ce que nous appellerons, en tant qu'il s'agit d'acquisition de la possession, le *corpus*. Lorsque ce fait se trouve réalisé, il suffit que l'*animus* ne soit pas démontré impossible, comme au cas de folie par exemple ou de convention antérieure exclusive du droit de propriété, pour que cet *animus* soit supposé et que la possession soit acquise. Après cette première manifestation de la volonté dans le domaine des faits, l'*animus* est censé subsister, tant qu'il ne survient pas d'attestation contraire, la possession se maintient par le simple exercice de fait du droit de propriété.

Ces notions générales, nécessaires au début, nous permettent de diviser notre premier chapitre en deux sections principales, l'une consacrée à l'acquisition, l'autre à la perte de la possession.

Section I

Acquisition de la possession.

12. — D'après ce que nous venons d'établir, le *corpus* par lequel se réalise cette acquisition et que l'on appelle aussi appréhension ou appropriation, n'est en somme que la manifestation tangible et l'affirmation par un acte matériel du droit de propriété ; il suffit donc à prouver l'existence de l'*ani-*

Digitized by Google

mus dans tous les cas où celui-ci n'est pas démontré impossible ; nous plaçant donc en dehors des ces hypothèses, nous étudierons le *corpus* en lui-même, et nous verrons ainsi comment s'acquiert en principe la possession ; puis il nous suffira d'étudier au sujet de l'*animus*, les cas où celui-ci est reconnu ne pouvoir pas exister et où par conséquent l'acte matériel de l'appropriation reste insuffisant et dénué d'effets.

13. — *Du Corpus.* — C'est, avons-nous dit, le fait matériel qui témoigne de la prétention d'être propriétaire. Il faut, en un mot, que le rapport de fait qui existe entre le possesseur et la chose, indique, dénote le propriétaire. Savigny a pensé que cette constatation ne pouvait résulter en principe que d'une appréhension matérielle, ou au moins de l'existence d'un pouvoir physique sur la chose. « L'acte doit placer celui qui veut acquérir la possession dans une position telle que lui *et lui seul* puisse disposer de la chose à sa volonté, c'est-à-dire agir à cet égard en propriétaire (1). »

La théorie ancienne était encore plus étroite et plus rigoureuse en ce sens qu'on exigeait en principe pour l'acquisition de la possession, un contact matériel ; pour les immeubles, il eût fallu les parcourir ; pour les meubles, les tenir à la main. Cependant comme dans beaucoup de cas, les textes nous montrent la possession acquise en dehors de tout contact matériel, les anciens glossateurs avaient imaginé la théorie de l'acquisition symbolique, c'est-à-dire le contact suppléé par certains signes extérieurs. Ce qui avait pour effet de restreindre la fiction, puisque fiction il y avait, aux cas rigoureux où les textes l'avaient admise et d'un autre côté d'attribuer à la théorie possessoire, toute de droit des gens et de droit naturel, un certain formalisme ordinairement restreint aux institutions du droit civil (2). Savigny démontre fort clairement qu'il n'y avait là aucune fiction ; ces cas étaient de ceux où indépendamment du contact physique la possibilité d'user de la chose en propriétaire avait été acquise. C'était donc à déterminer les cas analogues que se ramenait la question ; or, pour Savigny, le point essentiel, la condition indispensable pour que cette possibilité soit reconnue exister est la présence immédiate près de la chose : « Il faut que la possibilité de disposer librement de la chose se présente comme réelle et immédiate à l'esprit de celui qui veut en acquérir la possession. »

14. — A ce principe il reconnaît une exception au moins apparente. Il est un cas en effet où cette présence elle-même n'est pas rigoureusement exigée, c'est lorsqu'il s'agit des choses déposées dans la maison même de celui qui invoque la possession. Nous supposons bien entendu que le pos-

1. Sav. *loc. cit.*, 2e Part. § 13, p. 207.
2. Sav. *loc. cit.* § 14, p. 211 et suiv.

Digitized by Google

sesseur a su qu'à tel moment on devait déposer dans son *atrium* tel objet corporel mobilier, sinon il n'aurait pas conscience de son droit et l'*animus* ferait défaut ; ceci admis, l'objet est apporté en son absence ; de ce moment même, il en acquiert la possession. Cependant son pouvoir physique ne s'est manifesté par aucun acte extérieur ; la chose, bien que placée dans son vestibule, est loin d'être à sa disposition ; sa maison peut être ouverte à tous venants et les objets qui s'y trouvent, fort exposés à tomber sous la main d'autrui. Savigny répond en disant qne « chacun a sur sa maison un empire plus certain que sur tous ses autres biens et que cet empire lui donne en même temps la *Custodia* de toutes les choses qui s'y trouvent renfermées (1). » Le motif de cette acquisition immédiate de la possession est donc la *Custodia* elle-même ; c'est-à-dire le pouvoir que l'on a sur sa propre maison, indépendamment du droit qui vous en a conféré et vous en maintient l'usage. Mais restreignant à ce cas à peu près unique l'exception qu'il apporte à la nécessité de la présence auprès de la chose, Savigny donne comme absolue, même dans le dernier état du droit, la solution suivante : pour que la remise des clefs suffise à faire acquérir la possession des choses renfermées dans un grenier, il faut que cette remise ait lieu près du grenier lui-même. Il se base sur la loi 94 de *contr. empt.* où cette condition semble bien nettement exigée pour la sous-entendre dans les lois 1, § 21 (41, 2) et 9, § 6 (41, 1), qui la passent sous silence.

15. — Cependant les textes semblent se montrer beaucoup plus larges ; témoin la loi 55 (41, 1). qui m'accorde la possession, et par suite la propriété, s'agissant d'un cas d'occupation, du gibier qui s'est pris dans mes pièges, sans avoir égard à l'endroit où ceux-ci avaient été posés, c'est-à-dire sans examiner s'ils l'avaient été sur mon propre fonds ou en plein champ. Il est pourtant difficile d'assimiler le piège à la maison, et de dire que les oiseaux sont sous ma *custodia*, puisque le premier passant venu peut ouvrir le piège et les rendre à la liberté. Ce texte et quelques autres ont fait naître des doutes sur la théorie qui regarde la *custodia* comme étant la manifestation suffisante du pouvoir physique que l'on peut avoir sur la chose elle-même ; d'autant plus que, en réalité, comme nous l'avons montré pour les marchandises déposées dans une maison ouverte, la *custodia* n'en garantit très peu la sécurité et la possession réelle. N'y a-t-il pas là l'indice d'une explication différente et plus vraie ? et ne faut-il pas chercher une notion quelque peu plus large de l'appréhension elle-même, c'est-à-dire du *corpus* nécessaire à la prise de possession ? C'est ce que Ihering a tenté.

1. Savigny, *loc. cit.*, p. 235. cf. L. 18, § 2, *de acq. vel. amit. poss.* 41, 2. L. 9, § 3, *de jur. dot.*

Digitized by Google

16. — Pour Savigny, l'acquisition de la possession dépendait de la possibilité du pouvoir physique sur la chose; pour Ihering, elle dépend de *la constatation de fait de l'intention d'être propriétaire*.

C'est d'après cette formule que nous disions au début de cette section : la prise de possession, le *corpus* c'est l'affirmation par un acte matériel du droit de propriété lui-même ; nous verrons si ces deux définitions sont absolument identiques. En effet, dit-il, que signifie l'obligation d'être présent près du fonds qui vous est livré? Est-ce l'acquisition d'un pouvoir physique? Pour qu'il en fût ainsi il faudrait que cet acte fût répété journellement; que chaque jour cette manifestation de la puissance eût lieu ; sinon il devrait dépendre du premier venu qui le lendemain veut accomplir la même promenade ou le même cérémonial près de votre fonds, de devenir possesseur à son tour ; or nous verrons qu'il n'en est pas ainsi. Au contraire la *dejectio* du possesseur d'immeuble n'est pas possible en son absence. Le point de vue de Savigny est donc inexact. Ce qu'indique le fait de se rendre ensemble près des fonds dont la possession doit être livrée, c'est le fait d'appropriation par le nouveau possesseur; en un mot il révèle aux yeux l'élément intellectuel, idéal de la possession. Il manifeste chez ce possesseur la volonté d'en être maître. Cette manifestation n'est pas d'ailleurs exigée dans un but de publicité, car il n'est nullement nécessaire qu'elle ait lieu devant témoins. Si en effet le nouveau possesseur s'absente de son fonds et s'abstienne d'y reparaître, si bien que les tiers n'aient aucun motif de le présumer propriétaire, il n'en reste pas moins possesseur s'il est prouvé qu'à un moment donné la prise de possession ait eu lieu par cette petite cérémonie. C'est donc entre les deux parties en cause dans le débat possessoire, l'ancien possesseur et celui qui prétend l'être devenu à sa place, que ce rapport intellectuel doit avoir été manifesté. La question ainsi posée, peut-on dire en raison qu'il ne pourra l'avoir été entre eux que par cette formalité puérile ? Évidemment non ; Savigny lui-même a posé le principe que la théorie possessoire est dégagée de tout formalisme inutile. Si donc il s'agit de denrées renfermées dans un magasin, il semble bien en raison que la remise des clefs par le précédent possesseur, même en l'absence de la chose, devra suffire pour indiquer la prise de possession : c'est ce que nous aurons à voir dans la suite de cette étude.

17. — Ihering cependant ne peut nier, les textes sont formels, qu'au début cette appréhension matérielle consistant dans la présence près de la chose n'ait été exigée, au moins pour les choses immobilières. Mais il prétend que dans la suite on se départit de cette rigueur au moyen des règles sur la preuve, par analogie de ce qui avait été décidé en matière de stipulation. Si donc on eût rédigé un écrit portant que les formalités eussent été

Digitized by Google

remplies, on ne pouvait être recevable à fournir la preuve contraire (1). Cependant il nous semblerait que cette dernière solution ne pourrait être que très difficilement admise; les analogies citées ont trait à des questions de droit; et celle de la loi 1, Cod. 8, 54 à une hypothèse toute spéciale qui ne met pas en jeu la question de savoir si l'écrit qui constate l'existence de la tradition a pu la suppléer elle-même, mais bien si la tradition de l'acte de propriété peut remplacer celle de la chose; il en sera traité plus loin. Il faut d'ailleurs distinguer soigneusement les cas où la tradition n'est considérée qu'au point de vue de l'acquisition de la propriété, car cette dernière étant ordinairement acquise par la possession, on a pu s'exempter des conditions de fait que celle-ci exige et les mentionner cependant dans l'*instrumentum* destiné à la preuve du droit de propriété. Alors il faut bien nettement séparer la possession en tant qu'elle est exigée pour le transfert de la propriété et la possession considérée et protégée pour elle-même. Dans ce dernier cas en effet le débat roule uniquement sur la possession; et il ne s'agit pas de savoir, nous le supposons, si on est ou non propriétaire, mais possesseur. Or en pareille matière, le droit Romain veut une prise de possession réelle, c'est-à-dire un acte qui manifeste extérieurement par lui-même, en dehors de toute autre question de preuve, le désinvestissement du précédent possesseur. Cette prise de possession ne peut assurément pas résulter d'un acte écrit, et c'est à quoi tendrait la théorie d'Ihering poussée à ces conséquences extrêmes. Celui qui se prétend possesseur aurait beau, à notre avis, exhumer un acte de son vendeur portant que celui-ci lui a, avec toutes les conditions requises, transmis la possession et avec elle la propriété de la chose, cet acte pourrait peut-être faire preuve de la tradition dans un débat sur la propriété; il ne pourrait faire preuve de la prise de possession dans un débat sur la possession. Car cet écrit ne fait pas qu'à un moment donné celui qui l'invoque se soit réellement conduit en maître relativement à la chose litigieuse; il peut faciliter la preuve de ce fait essentiel, il ne peut pas la suppléer en la supprimant entièrement. Nous exigerons donc aussi un fait matériel; fait tel qu'il soit exclusif du droit de tout autre; nous ne disons pas tel qu'il puisse empêcher tout autre d'user de la chose; c'est la formule de Savigny, elle est trop étroite; mais exclusif du droit de tout autre, ce qui veut dire tel que ce fait dénote publiquement que celui qui l'exerce est le propriétaire. Si devant ce fait personne n'a réclamé, on comprend que la loi reconnaisse ce possesseur comme ayant une situation supérieure à toute autre.

1. L. 30, *de Verb. act.* Inst. I, § 17 (3, 19). Inst. I, § 12 (3, 19). L. 14, cod. 8, 38. L. 1, cod. 8, 54.

Digitized by Google

18. — La théorie de la *custodia*, telle que les textes peuvent la fournir, n'est qu'une application de ces idées générales. En effet, celui qui habite une maison manifeste son intention, jusqu'à preuve du contraire, d'être propriétaire des meubles qui y sont déposés. Dès lors qu'importe que les marchandises apportées dans son *atrium* ouvert soient exposées ou non à être volées? Elles n'en sont pas moins là par le fait de la volonté du maître de la maison. Il en est de même pour les oiseaux pris au piège; certes le possesseur n'exerce sur eux aucune puissance de fait; mais en disposant des pièges pour prendre des oiseaux, il a par là même manifesté sa volonté d'avoir pour lui les oiseaux qui s'y prendraient : c'est un droit exclusif de tout autre. Au contraire un essaim d'abeilles appartenant à autrui s'est attaché à un arbre de mon jardin, un autre s'en empare, a-t-il commis un vol? Non. Car je n'avais pas acquis la possession, pas plus celle des rayons que celle des abeilles (1). Y a-t-il contradiction entre cette solution et celle indiquée au sujet des oiseaux pris au piège? Non; car le propriétaire du jardin n'avait rien disposé pour attirer les abeilles de ses voisins; rien ne déclare qu'il ait songé à devenir propriétaire des essaims que le hasard, qu'un coup de vent lui enverrait. Ainsi donc le jour où cet essaim s'est attaché à l'un de ses arbres, il n'est pas tombé par le fait même sous la destination préconçue du maître du jardin. Mais faut-il dire que du moment où celui-ci connaîtra la présence de cet essaim sur son domaine, il en deviendra possesseur? Non, d'après notre théorie; car le fait de se prétendre propriétaire doit se manifester par un acte extérieur lequel ne peut résulter d'une abstention. La destination d'un jardin n'est pas de recevoir des essaims d'abeilles; le maître n'a rien disposé dans cette prévision; il s'en trouve un qui par hasard se fixe dans son jardin, et il n'a encore rien tenté pour s'en emparer. Dès lors quel que soit son désir intime, il reste impuissant; car il n'y a pas eu manifestation extérieure, pas de prise de possession. Ce que nous disons des rayons qui sont fixes et stables, n'a jamais fait doute, bien entendu, pour les animaux sauvages, les oiseaux qui vivent dans les forêts et peuvent toujours en échapper et y revenir; ils ont beau fréquenter mon parc, établir leur séjour dans mes bosquets, je n'en deviens pas possesseur, à moins de piège disposé pour les recevoir et les retenir ensuite.

19. — C'est ici le lieu de résoudre une question fort controversée relative au trésor. Les jurisconsultes romains avaient agité la question de savoir comment le possesseur d'un immeuble le devenait du trésor qui s'y trouvait caché; à coup sûr il fallait qu'il eût connaissance de son existence, sinon

1. L. 5, § 3 (41, 1).

Digitized by Google

l'*animus* eût fait défaut ; mais cette connaissance suffisait-elle ? Certains jurisconsultes l'avaient pensé ; mais la majorité, dont l'opinion fut acceptée par Justinien, n'admettait la possession que si *ipsius rei supra terram possessionem adeptus fuissem*, ou si *loco motus sit* (1). Pourquoi exiger le *loco movere* ? Sabinus répond parce que jusqu'alors le trésor *non est sub custodia*. Et pourtant en entendant ce mot au sens de Savigny, il est certain que le trésor, dès que le possesseur du terrain a eu connaissance du lieu où il est enfoui, est plus au pouvoir de celui-ci que les marchandises déposées en son absence dans son vestibule ouvert. Que lui manque-t-il donc ? Qu'il ait par un fait extérieur manifesté relativement à l'objet caché l'affirmation de son droit de propriété. Il a bien une possibilité de disposition exclusive de tout autre, tout autant assurément que le possesseur des denrées enfermées dans un grenier lointain dont il possède la clef, mais ce qui lui a manqué c'est un fait qui dénote un droit exclusif de tout autre. Une maison, un terrain ne sont pas plus faits ou aménagés pour cacher des trésors qu'un jardin pour recevoir les essaims qui passent ; et lorsque par hasard l'une de ces bonnes fortunes se présente, il ne suffit pas d'en avoir connaissance pour attester son droit et sa prétention à la propriété ; car les changements intimes qui peuvent affecter l'*animus* sans se produire par un fait extérieur ne peuvent être pris en considération en matière de possession. Cette décision est donc absolument analogue à celle que les textes donnaient au sujet de l'essaim d'abeilles. Nous avons dit que la *custodia* consistait dans un aménagement, une disposition spéciale en vue de l'appropriation de certains objets. C'est ainsi que la maison a pour destination de renfermer les objets appartenant à son propriétaire ; tous ceux qui s'y trouvent, pourvu que celui-ci en ait conscience, tombent ainsi sous le coup de cette sorte de présomption tant qu'elle n'est pas démentie à leur égard par une attestation contraire ; c'est ce qui arrive pour les objets contenus dans le grenier, ou dans telle autre partie de ma maison dont j'ai remis les clefs entre les mains d'autrui.

20. — Ces exemples, tels qu'ils nous sont fournis par les textes, nous ont mis à même de mieux comprendre l'idée que nous avons précédemment donnée de la prise de possession, ou appréhension. C'est l'affirmation révélée par un fait matériel du droit de propriété ; nous ne disons pas seulement comme Ihering, la constatation de fait de la volonté d'être propriétaire, puisqu'on pourrait être tenté d'admettre que cette constatation pût être suffisamment prouvée par l'*instrumentum* qui relate le fait d'où elle dérive : cet échappatoire, nous l'avons repoussé. Nous croyons que le fait extérieur est le

1. L. 3, § 3. L. 44 (41, 2). L. 15 (10, 4).

Digitized by Google

seul dont on doive tenir compte, c'est à lui de manifester, de révéler le propriétaire. Il consistera d'ordinaire dans une action physique sur la chose elle-même, action telle qu'elle ne puisse se comprendre qu'en supposant celui qui la réalise investi du droit le plus souverain ; en dehors du contact avec la chose, cette affirmation extérieure peut résulter de dispositions matérielles prises d'avance en vue de s'assurer un pouvoir exclusif sur la chose ; de là, la théorie de la *Custodia* que nous avons développée. Ces principes, en tant que règles abstraites, existent dans leur généralité qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, on comprend cependant que leur application doive conduire à des différences générales fondées sur cette distinction des choses; c'est sur ce dernier point qu'il nous reste à insister.

21. — En premier lieu, il ne peut être question de faire servir la *Custodia* à la prise de possession des immeubles ; ceux-ci en raison de leur fixité ne peuvent venir se placer sous la main-mise d'autrui, il faut en prendre réellement possession par un fait tangible. Ce fait susceptible de manifester le propriétaire, serait d'accomplir les divers actes de jouissance que comportent ces sortes de biens, semer, planter, labourer la terre, habiter les maisons ; or, ces actes divers ne peuvent avoir de portée que s'ils constituent un ensemble et se trouvent avoir été plusieurs fois répétés ; et même dans ce cas, ils ne peuvent servir à distinguer le simple locataire du propriétaire lui-même. On ne pouvait donc attendre pour déclarer la possession acquise, qu'il eut existé un ensemble suffisant d'actes de ce genre ; aussi le droit Romain fit consister la prise de possession dans le fait du nouveau possesseur de se rendre auprès de l'immeuble qu'il veut acquérir ; on n'exige pas qu'il le parcoure, mais que son regard puisse en embrasser l'étendue ; ce n'est pas une cérémonie qui doive nécessairement se passer devant témoins, car elle n'est pas requise en vue de rendre publique les transmissions immbilières ; c'est tout simplement un acte de maître, un acte de propriétaire ; le fait de dire : ceci est à moi. On comprend toutefois que cette satisfaction platonique aurait quelque chose de puéril ; s'il suffisait au premier venu qui veut acquérir la possession d'un immeuble, d'aller poser le pied en vainqueur sur la frontière du domaine. Aussi les textes supposent que cette prise de possession a lieu de concert avec le précédent possesseur ; et c'est précisément dans ce fait qu'un acte de maître a pu se produire devant celui qui se trouverait être le principal intéressé sans résistance ni protestation de sa part, que consiste vraiment l'ensemble de circonstances nécessaires à une appréhension utile et suffisante. Il est un texte toutefois qui semble contredire cette affirmation (L. 77, *de rei vindic.*). Il s'agit d'une femme qui voulant faire donation à son mari d'un champ dont elle est propriétaire, lui donne acte par lettre de sa liberalité ; le mari se trouve près de l'immeuble

Digitized by Google

quand la lettre lui est apportée; dès qu'il a pris connaissance de la volonté de sa femme et accepté lui-même, il se trouve, par suite de sa présence, être devenu immédiatement possesseur (1). Or, en pareil cas la présence de l'ancien possesseur se trouve suffisamment remplacée par sa volonté constatée par écrit ; le donataire se trouve faire acte de maître du consentement indiscutable du principal intéressé, et cela suffit. Cette condition est donc indispensable, à notre avis, pour que la simple présence suffise à faire acquérir la possession; en dehors d'elle il faudrait une occupation réelle, se traduisant par le fait de s'établir à demeure sur l'immeuble, d'y fonder son habitation, comme c'est le cas pour le *raptor*.

22. — La nature des objets mobiliers fit que l'on dut être plus rigoureux d'ordinaire pour ce qui est de l'appréhension, quelquefois on le fut moins. On dut admettre toutefois la même règle que pour les immeubles et se contenter de la simple présence pour tous ceux des meubles que leur fixité relative, leur poids, leur dimension, rapprochaient des immeubles eux-mêmes (2). Pour tous les autres, il n'eût pas suffi de déclarer en leur présence sa prétention d'en être le propriétaire, si on les eût laissés dans la maison d'autrui et à sa disposition, sauf bien entendu le cas de constitut possessoire, le cas où le précédent possesseur les garde en reconnaissant qu'il les détient désormais au nom et pour le compte de celui à qui il les a livrés. Car, sauf cette hypothèse, le fait lui-même reste contraire à la déclaration du prétendu possesseur, et proteste contre elle. L'appréhension matérielle était possible, il a négligé de la réaliser, il n'a rien fait par suite qui dénote un droit exclusif de tout autre. Au contraire si vous avez pris et emporté l'objet, ou l'ayez fait porter dans votre maison, vous avez témoigné de votre droit souverain et exclusif.

23. — Il résulte de la règle que nous venons de poser que deux conditions sont nécessaires en principe pour l'appréhension des choses mobilières; que le nouveau possesseur ait été présent à la livraison qui lui en a été faite et qu'elles aient été enlevées hors de la *custodia*, hors de la maison de celui qui les détenait. La première condition conduirait à cette conséquence que si elles ont été enlevées et mises à la disposition de celui qui veut en devenir possesseur, sans que ce dernier ait été présent lorsqu'on les lui apportait, la possession ne lui en est pas encore acquise ; il en est ainsi en effet lorsque les objets ont été déposés dans un lieu quelconque qui n'avait pas été aménagé spécialement pour les recevoir ; mais cela n'est plus vrai s'ils ont été placés dans un magasin appartenant au nouveau possesseur,

1. L. 77, *de rei vindic.*
2. L. 1, § 21 (41, 2).

Digitized by Google

ou même simplement déposés dans sa maison ; en pareil cas celui-ci, pourvu qu'il ait connu la présence dans sa demeure des objets qui y ont été apportés, en devient possesseur immédiat, en vertu de la théorie de la *custodia* que nous avons précédemment expliquée ; le motif est que son droit de propriété se trouve suffisamment affirmé sur toutes les choses déposées dans ses magasins ou sa maison. La seconde condition conduirait à dire que toutes les fois que les objets dont on veut prendre possession ont été laissés chez celui qui les détenait, la possession n'en a pas été acquise ; nous avons à voir si cette règle ne souffre aucune exception ; enfin nous devrons nous demander en terminant si en certains cas la possession n'a pu être acquise en dehors des deux conditions fondamentales que nous avons indiquées. L'examen de ces deux questions se réfère surtout aux trois hypothèses suivantes : celle où des marchandises ont reçu la marque du nouveau possesseur ; celle où, bien que laissées dans les greniers du précédent possesseur, celui-ci a remis à l'acheteur les clefs du grenier ; celle enfin où les titres de propriété ont simplement été remis aux mains de l'acheteur.

24. — Nous avons à nous demander d'abord dans quels cas les marchandises laissées dans les magasins du vendeur se trouveront avoir passé sous la possession de l'acheteur ; la question est délicate au point de vue de l'examen des textes, parce qu'elle se trouve souvent confondue avec deux questions voisines dont il importe, dans l'intérêt de la théorie possessoire, de la dégager complètement. Les textes se placent en effet presque toujours dans l'hypothèse la plus pratique, celle que nous venons d'indiquer, le cas où il s'agit de tradition faite par un vendeur à l'acheteur ; la question de possession se complique donc le plus souvent d'une question de propriété ; or ce sont là deux ordres d'idées indépendants, et il peut arriver, même dans l'intention des parties, que la transmission du droit de propriété ne résulte nullement de l'acquisition de la possession ; c'est même la règle fondamentale pour toutes les ventes pures et simples non suivies de paiement immédiat du prix (1). En second lieu lorsque les marchandises ont été laissées à la disposition du vendeur, cette situation résulte souvent du commun accord des parties et du consentement du vendeur de les garder désormais au nom et pour compte de l'acheteur ; celui-ci par suite de cette convention en devient possesseur et le vendeur les détient en son nom ; il se constitue détenteur pour autrui (constitut possessoire). Il y a donc en ce cas interversion dans l'*animus* des deux parties ; l'acheteur n'a commencé à vouloir devenir possesseur que du moment où le vendeur a entendu cesser de l'être pour son propre compte. Par suite on comprend que le fait purement matériel de l'appréhension ne soit plus seul à entrer en ligne de compte ; et

1. Inst. § 4, *De Div. rer.*

Digitized by Google

que l'acquisition de la possession dépende d'une réelle convention ; s'il en est ainsi il y aura lieu de faire une véritable interprétation de volonté. On n'a plus à se demander si tel fait révèle de la part du prétendu possesseur l'affirmation de son droit ou manifeste suffisamment sa puissance sur la chose ; mais bien s'il indique chez le vendeur intention d'abandonner la possession pour ne plus garder que la simple détention, et chez l'acheteur volonté de devenir à ce moment possesseur de la chose en constituant son vendeur détenteur en son lieu et place. Nous tombons ainsi dans l'examen de présomptions de fait dans lesquelles la théorie fondamentale du *corpus* et de l'appréhension a complètement disparu ; la vraie question est en pareil cas de savoir quand et comment a commencé l'*animus possidendi*. Pour éviter ces complications, il convient donc de placer notre question sur son vrai terrain : les marchandises ont été laissées chez le vendeur, il est prouvé qu'il n'a jamais été convenu que celui-ci les garderait au nom et pour le compte de l'acheteur ; mais avant d'être enlevées elles ont été l'objet de la part de celui-ci d'un acte d'appréhension quelconque et dont nous aurons à apprécier la valeur ; dans ces circonstances un tiers se présente qui conteste le droit du vendeur et se prétend propriétaire des marchandises ; l'acheteur sera-t-il devenu possesseur à l'effet de répondre à ces menaces par l'interdit *utrubi* ? Bien que les objets ne soient pas détenus par lui, y a-t-il de sa part fait d'appropriation suffisant pour le constituer possesseur et lui donner les armes qui dérivent de cette qualité ? Quel peut être le fait qui ait cette valeur ? Telle est la vraie question dégagée de toutes complications accessoires ; c'est sous cette forme que nous avons seulement à l'examiner.

25. — Le fait d'appropriation auquel nous avons fait allusion en premier lieu est celui où les marchandises auraient été marquées par l'acheteur. Ce fait suffit-il pour lui en avoir acquis la possession ? Les textes sont contradictoires ; la loi 14 *de Peric. et com. rei vend.* est pour l'affirmative ; Ulpien dans la loi 1 § 2 *eod. tit.* après avoir signalé à ce sujet une controverse entre Trebatius et Labeo, se décide en faveur de la négative. Cette indécision s'explique très bien si l'on tient compte des remarques qui précèdent. Dans la seconde loi en effet, il est question d'une interprétation de volonté ; la question se pose entre acheteur et vendeur ; la marque apposée par le premier suffit-elle à indiquer qu'il ait voulu en devenir possesseur par le fait même et que par suite le second ait consenti à ne plus conserver les marchandises qu'à titre de détenteur pour autrui ? Labeo s'élevait contre cette interprétation trop facile, et cela, dit-il, parce que d'ordinaire on marque les objets pour empêcher une substitution mais nullement pour indiquer une prise de possession immédiate (1). Mais quant à savoir si ce fait d'appré-

1. L. 1 § 2 (18. 6).

Digitized by Google

hension suffisait à donner à l'acheteur la ressource de l'interdit *utrubi* contre un propriétaire revendiquant, il n'en est pas question; et la solution ne peut dépendre de celle donnée par le jurisconsulte dans une hypothèse toute différente. Au contraire dans la loi 14 § 1 *eod tit.* Paul traitant la même question au point de vue des risques de la chose vendue, indique pour le plus grand embarras des jurisconsultes, que ceux-ci ne sont mis à la charge de l'acheteur qu'après tradition effectuée; et il ajoute que s'il s'agit de poutres, cette tradition résultera de la marque apposée par l'acheteur. A notre avis, le jurisconsulte n'a pas l'intention de poser ici une règle contraire au principe traditionnel qui met les risques au compte de l'acheteur dès la conclusion de la vente et independamment de toute tradition (1); mais l'expression très vague, et très indéterminée par laquelle le texte débute, *materia*, indique l'idée d'une certaine indétermination de l'objet; on a acheté d'une certaine chose sans indiquer les objets même qui devront être livrés et sur lesquels portera la vente; dès lors les risques ne peuvent être transportés à la charge de l'acheteur que du jour où la livraison aura déterminé les choses individuelles qui lui sont dues; cette livraison résultera pour les poutres achetées de la désignation faite par l'acheteur lui-même en les marquant d'un signe particulier qui les distingue: de ce jour il y a tradition suffisante, et les risques sont à sa charge. Cette explication suffit à écarter le reproche de contradiction entre le texte cité et le principe fondamental sur les risques de la chose vendue; mais elle ne saurait rendre compte de la valeur attachée, au point de vue de l'acquisition de la possession, au fait par l'acheteur d'avoir marqué les poutres qu'il voulait choisir. Ce fait, nous dit Paul l'a rendu possesseur; et cette solution, à notre avis, a une importance réelle, si on la rapproche de la solution contraire donnée par Ulpien dans les circonstances que nous avons vues. La question de la possession est en effet envisagée par Paul d'une façon abstraite, et indépendante de toute interprétation de volonté; la possession est considérée en elle-même; c'est du jour même où l'acheteur aura affirmé par un acte extérieur qu'il entend avoir la propriété de telles poutres plutôt que de telles autres, que les risques passeront sur sa tête. Et l'acte suffisant à indiquer cette désignation et en même temps celui qui lui fera acquérir la possession. Il ne s'agit donc plus, comme dans l'hypothèse d'Ulpien, de savoir à quel moment les parties ont entendu intervertir leurs rôles au point de vue de la possession; de cela il n'est plus question; le vendeur disparaît, il s'est désintéressé des suites de la vente, il abandonne la possession totale, définitive des objets sur lesquels portera la vente; il n'entend pas davantage les conserver au nom d'autrui; toutes ces

1. Cf. Accarias t. 2. § 612. note 2.

Digitized by Google

complications n'existent plus ; la question de possession ne doit plus être envisagée que du côté de l'acheteur et ne dépend que de lui ; quel est l'acte qui vaudra de sa part acquisition de la possession ? Ce sera, nous dit Paul, le fait d'avoir marqué les poutres qu'il veut choisir. Et en effet comment en serait-il autrement ? Ce qui fait que tous les objets mobiliers, sous le couvert de ma demeure, restent dans ma possession, c'est qu'ils bénéficient du fait matériel qui, sans distinction, m'indique comme le propriétaire de tous les objets compris sous ma *custodia* ; mais si un autre fait matériel vient protester contre cette apparence, la valeur du premier se trouve détruite et le second l'emporte.

Ce fait, dans notre hypothèse, résulte que de ce que sans protestation de ma part, et même de mon consentement, certaines marchandises placées au milieu des miennes, indiquent un autre propriétaire et le révèlent. Celui-ci par un fait extérieur, suffisamment caractérisé, a affirmé son droit et sa qualité, droit souverain et exclusif de tout autre, cela suffit, d'après notre théorie, pour que la possession lui soit acquise. Aussi ne pouvons-nous admettre l'explication donnée par Savigny et fondée sur le caractère propre de chacun des objets désignés dans nos textes (1) ; dans la loi 14, il s'agit de poutres, objets d'ordinaire laissés en dehors, dans un lieu non fermé ; il suffit, dit-il, de les marquer pour en prendre possession ; dans la loi 1 § 2 il est question de barriques de vin ; comme on les garde en cave, la possession ne pourrait en être acquise qu'une fois le cellier bien fermé et la clef remise à l'acheteur ; il est trop évident que cette explication suppose une foule de circonstances dont il n'est nullement question dans les textes ; que la loi en indiquant le point douteux de la solution ne le fait nullement consister dans la question de savoir si les tonnes se trouvaient ou non dans un lieu fermé, et enfin que cette supposition est invraisemblable puisque ces dernières restant mélangées, même après le choix de l'acheteur, à celles qui doivent rester au vendeur, on ne peut exiger de celui-ci la remise entre les mains d'un tiers des clefs d'un cellier où se trouvent renfermées des tonnes qui lui appartiennent. La vérité est que dans toute hypothèse, pourvu qu'il s'agisse d'objets qui puissent être suffisamment individualisés, comme les poutres indiquées comme exemple par Paul, la marque, sans l'enlèvement, suffira pour acquérir la possession. Il est bien certain que comme en matière immobilière nous devons supposer que la marque a été apposée du consentement du précédent possesseur ; il ne peut dépendre du premier venu qui viendra à mon insu mettre un signe quelconque, son nom par exemple, sur mes marchandises, pour l'en rendre possesseur : le fait ne prend son carac-

1. Savigny, § 16, p. 232.

Digitized by Google

tère d'affirmation extérieure du droit de propriété que s'il a lieu au su du précédent possesseur et sans protestation de sa part.

26. — Le second fait auquel nous avons fait allusion est la remise entre les mains de l'acheteur des clefs du magasin, grenier, cellier où sont renfermées les marchandises laissées par lui chez le vendeur. Si cette remise a eu lieu près du grenier lui même, sans même qu'il fût besoin, que l'acheteur eût été prendre connaissance des marchandises, il n'a jamais fait doute que la possession lui en eût été acquise par le fait même (1). Il est certain que l'affirmation du droit de propriété peut difficilement se révéler par un fait plus tangible et plus manifeste. Lors donc que cette remise a eu lieu devant la porte du magasin, il n'est fait exception qu'à la seconde des deux conditions indiquées, la nécessité de l'enlèvement. La difficulté est de savoir s'il ne peut être fait également exception à la première : en un mot est-il toujours nécessaire que cette remise ait eu lieu en présence de la chose ? La loi 74 (18, 1) exige très fermement cette condition ; la loi 1 § 21 (41, 2), quoi qu'en dise Ihering (2), semble bien la supposer ; seule la loi 9 § 6 (41, 1) la passe très nettement sous silence. Nous devons d'abord examiner la question en raison, puis la suivre à travers les textes ; aux deux points de vue du reste, la marche des idées sera la même. Logiquement on dut commencer par assimiler cette hypothèse à la prise de possession des immeubles ou même à celle des objets mobiliers difficiles à déplacer ; dans les deux cas nous l'avons vu, l'acquisition devait s'effectuer par la présence de fait auprès de l'objet livré. Nul doute que l'analogie dans notre espèce n'eût conduit aux mêmes conséquences ; pour affirmer son droit sur un fonds de terre, comme on ne peut s'y établir à perpétuité, il faut bien se contenter d'y aller une fois, de le voir et d'en prendre ainsi possession par le regard et la volonté ; il en est de même pour ces colonnes dont nous parle la loi 1 § 21 (41, 2) ; on ne peut exiger qu'on tienne constamment ses bras enlacés autour d'elles ; une première démarche pour les voir et attester son droit sera suffisante ; si de là nous passons au stock de marchandises dont je n'ai pu encore prendre livraison, il sera sans doute nécessaire pour que la possession m'en soit acquise, qu'elles soient soustraites à la disposition du vendeur, ce qui aura lieu par la fermeture du grenier qui les renferme ; une fois isolées et mises ainsi en sûreté, il en est d'elles comme de ces colonnes qu'on ne peut déplacer à l'instant, qu'on ne peut emporter avec soi ; pour en prendre possession il suffit d'un acte de présence, en vue d'attester son droit et ses prétentions naissantes.

1. L. 74 (18. 1) de contrah. Empt.
2. Ihering, *Loc. cit.* § X, p. 148.

Digitized by Google

Mais on dut s'apercevoir bien vite que l'analogie n'était pas absolue ; la colonne que je n'ai pu enlever reste dans son état antérieur, sans que rien soit changé sans le rapport de fait qui indiquait à son égard le droit de l'ancien possesseur ; elle reste dans sa maison ce qu'elle était, à la place qu'elle y occupait, servant aux mêmes usages et sans que rien ne vienne révéler qu'un autre prétende en avoir la propriété. Comment cette prétention se serait donc révélée, si l'on n'avait exigé au moins un acte d'appropriation tel quel, une manifestation virtuelle de ce droit d'autrui ? Rien de semblable pour les marchandises enfermées dans le grenier dont le propriétaire n'a plus la clef. Il y a un fait qui par lui-même proteste contre sa possession, c'est que ces objets, bien que laissés dans sa maison, ont été soustraits à sa disposition ; et cela sans qu'il cherche, ce qui lui serait facile, à faire cesser cet état de fait ; bien plus, celui-ci existant de son propre aveu, et de son consentement. Dès lors qu'est-il besoin en principe de cette formalité puérile de la présence des deux parties près du magasin dont on ferme la porte pour que l'acheteur se trouve désigné comme le propriétaire des marchandises qui y sont contenues ? Qu'est-ce que cette présence peut ajouter au fait matériel qui atteste son droit ? Assurément cela est de grande importace dans la théorie de Savigny qui exige une action physique sur la chose possédée, et pour le cas où cette action constante est impossible, un essai, si puéril, si vain soit-il, de la réaliser par le toucher ou le regard ; cela, si je ne me trompe, est du pur symbolisme, quoique que puisse en penser Savigny, qui le premier a si victorieusement éliminé du domaine de la possession tout formalisme inutile. Mais dans la théorie d'Ihéring qui se contente de l'affirmation extérieure du droit de propriété, n'est-il pas manifeste que cette affirmation se trouve amplement réalisée dès que les objets mobiliers ont été soustraits à la disposition du propriétaire, et les clefs du magasin qui les renferme remises par ce dernier lui-même au nouveau possesseur (1) ?

Ceci est en effet une conséquence logique du principe et nous ne pouvons que l'accepter sans hésitation ; reste à voir si les textes sont aussi concluants. A notre avis, ils ne font que reproduire la marche de raisonnement que nous avons indiquée ; la loi 1 § 21, pose d'abord l'analogie qui nous avait frappé en premier lieu ; entre les vins enfermés en cave et les colonnes laissées sur place, il n'y a pas de différence ; pour tous deux la possession s'acquerra par la seule présence, en ajoutant bien entendu pour les premiers la remise des clefs du cellier qui les renferme. La loi 74 (16-1) exprime également la même exigence ; cependant le point de vue n'est plus absolument le même et c'est en se plaçant dans une hypothèse exactement semblable que la loi 9, § 6

1. Ihering, § X et XII.

Digitized by Google

(41-1) se taira sur le fait de la remise des clefs en présence même du grenier. Ces deux textes en effet supposent une vente et traitent de l'acquisition de la propriété; or lorsqu'on achète des marchandises en bloc, une première condition nécessaire pour en acquérir à la fois la possession et la propriété, c'est de séparer des autres celles que l'on veut choisir, de les voir, de les désigner nettement ; or s'il s'agit de marchandises renfermées dans un grenier, la détermination résultera de ce fait qu'elles sont ainsi séparées des autres; il ne sera même pas nécessaire d'ouvrir le grenier et de les voir, dit la loi 74, mais au moins faudra-t il que l'acheteur soit bien sûr de leur consistance, qu'il connaisse, qu'il ait vu le grenier qui les renferme, et ainsi désigné nettement quelles marchandises il entendait acheter. Dans bien des cas par conséquent la présence près du magasin sera nécessaire pour déterminer les marchandises achetées; c'est donc là une question incidente, mais il n'est pas étonnant qu'elle soit prise en consideration dans des textes traitant de la vente et résolvant la question en fait et dans ses applications. Mais cette question de preuve éliminee, si l'on suppose le grenier connu de l'acheteur, ainsi que les marchandises qui doivent y être contenues, quand la question de possession est seule en jeu, on n'exige plus qu'une seule chose : la remise de clefs au vendeur (L. 9, § 6 41-1); et c'est bien le cas de la loi 9 § 6, qui écarte nettement toutes questions accessoires relatives à la vente ou à d'autres circonstances extrinsèques, pour se demander uniquement dans quels cas la possession pourra être acquise indépendamment de toute livraison matérielle de la chose; et parmi ces cas, elle cite la remise des clefs, sans autre condition. Si donc l'on compare les deux textes, on pourrait dire en employant une expression plus familière à nos procédés de codification moderne, que la loi 9 § 6 est véritablement le siège de la matière, celle qui pose les principes et qui commande la solution. Enfin pour trancher le différend, il est un passage des Institutes qui a peut-être été négligé dans ce debat et qui pourtant a une importance capitale, puisque, même à supposer les deux solutions contradictoires, il indique le choix souverain du législateur et fixe l'opinion par lui adoptée; or Justinien ayant à choisir entre les deux textes dont l'un exige la présence et l'autre la passe sous silence, reproduit ce dernier et déclare que pour acquérir la possession des choses enfermées dans un grenier il suffira d'avoir reçu les clefs (1).

27. — Ce que nous venons de dire de la remise des clefs, le dirons-nous également de la remise des titres de propriété? En principe et sauf réserves ulterieures, la négative s'impose ; ce fait, si la chose est restée à la disposition du précédent possesseur, est insuffisant pour en transférer la

1. Inst. *De div. Rer.* § 45.

Digitized by Google

possession à celui à qui les titres ont été remis ; il ne fait exception à aucune des deux conditions exigées pour l'appropriation des choses mobilières, la présence au moment de la livraison et l'enlèvement de l'objet. C'est qu'en effet dans les idées romaines, il ne suffit pas indépendamment de toute question de droit, à affirmer le droit de propriété sur la chose. De ce que vous possédez les titres, cela dénote-t-il que vous soyez le maître souverain de l'objet auquel ils se rapportent ? évidemment non, car en matière de meubles l'exercice du droit de propriété ne consiste pas seulement dans le fait de détenir toutes les pièces et actes de preuve relatifs à l'objet, il consiste avant tout dans l'usage qu'on fait de la chose ; assurément on peut s'en être dessaisi, mais alors il y a contrat, et il en serait ainsi si nous supposions que l'ancien possesseur après avoir remis les titres eût gardé la chose à titre de détenteur pour autrui ; ce serait un cas de constitut possessoire et la question ne s'élèverait pas. Si donc aucune convention de ce genre n'est intervenue, la remise des titres peut bien affirmer l'existence de relations juridiques personnelles, d'un lien d'obligation entre les deux parties, mais, comme en droit romain la simple convention n'engendre jamais à elle seule le droit de propriété, elle ne saurait prévaloir contre ce fait capital en matière mobilière, que les choses sont restées sous la *custodia* de l'ancien possesseur, qu'elles sont encore à sa disposition et qu'il n'est survenu dans leur état matériel aucun changement qui revèle l'existence à leur égard du droit d'un autre possesseur ; par conséquent, pour employer une expression familière à Ihering, aucun propriétaire n'est visible autre que le détenteur actuel. A ce principe on oppose un texte qui, s'agissant d'une donation d'esclaves, proclame la donation parfaite et la tradition accomplie, dès que les titres ont été livrés (1). On a beaucoup discuté sur la question de savoir si l'on devait sous-entendre, lors de la remise des titres, la presence des esclaves. A notre avis, quelle que soit l'opinion admise, il y aura toujours exception à l'une au moins des deux conditions mises à la prise de possession des choses mobilières, l'enlèvement de l'objet, puisque le texte suppose les esclaves restés chez le donateur. Aussi parmi les interprètes quelques-uns avaient-ils supposé l'existence d'un constitut possessoire (2) ; hypothèse invraisemblable puisqu'alors la perfection même de la donation n'eût pas été mise en question, et que pour être reconnu comme possesseur, il eût suffi au donataire de prouver que le donateur détenait en son nom ; ce dont il n'est nullement question dans ce texte. Savigny ayant reconnu cette explication inadmissible, en donne une autre dans sa dernière édition, c'est celle des anciens glossateurs. Il suppose que les titres ont été remis en présence des esclaves ;

1. L. 1, C. 854. (De donat.) I.
2. Savigny. De la possession. (1re édition).

Digitized by Google

ceux-ci sont restés chez le donateur et ce dernier vient à prétendre que la donation n'est pas parfaite, tout au moins que la tradition n'a pas été réalisée puisque les esclaves n'ont pas été emmenés ; et probablement il devait conclure, bien que le texte ne l'ajoute pas, qu'il a droit à l'*exceptio legis cinciæ*. Le rescrit répond que la remise des titres suffit au moins à prouver l'intention chez celui qui les donne de se dépouiller de la chose, et la volonté chez celui qui les reçoit d'en devenir propriétaire, en un mot, elle prouve au moins la donation ; de plus elle suffit à réaliser la tradition. Savigny se contente de cette explication, parce que le donataire, ayant été présent, il a eu à un moment donné la possibilité d'exercer une action physique sur la chose livrée, et cela a suffi dans sa théorie pour lui en faire acquérir la possession. Ceci, à notre avis, est fort insuffisant ; car si l'on doit se contenter de cette simple possibilité, de la présence en un mot, pour les immeubles, pour les meubles qu'on ne peut déplacer, ou ceux que l'on a enfermés dans son grenier ; on sait que cela ne suffit plus pour ceux qu'il était possible de prendre avec soi. Pour ceux-ci on ne peut se contenter d'un simple regard, il faut que la main suive et s'en empare, sinon il n'y a pas eu à leur égard acte de propriétaire. S'il s'agit d'immeubles le propriétaire ne saurait être sans cesse présent sur son terrain et encore, sauf certains travaux périodiques, cette présence est-elle le seul signe habituel qui atteste sa propriété. Voilà pourquoi il a fallu se contenter d'un acte de présence pour faire acquérir la possession ; le propriétaire d'un meuble l'a d'ordinaire sous sa main ou dans sa maison ; voilà pourquoi s'il ne le prend avec lui ou ne le fait apporter dans sa demeure, la possession ne lui en est pas acquise. A notre avis, l'explication de Savigny est donc complètement insuffisante (1).

Nous croyons que le vrai motif de cette dérogation se trouve dans la nature même du meuble qui était l'objet de la donation, l'esclave ; il nous semble qu'il y a là une application nouvelle de cet esprit d'analyse si ingénieux et si profond avec lequel le droit romain a développé la théorie possessoire. Le principe reste le même ; la possession s'acquiert dès que l'on a fait relativement à la chose un acte qui rentre dans la catégorie de ceux par lesquels le propriétaire a coutume d'exercer à son égard son droit de propriété ; or, on se sert et on jouit très-diversement des choses selon leur nature ; tout dépend donc de savoir comment agit à l'égard des esclaves celui qui en est propriétaire. Il est généralement vrai de dire que les Romains ont considéré l'esclave comme une chose dépourvue de personnalité, cela est vrai dans les matières de droit ; mais dans le domaine des faits qui est celui de la possession, on a dû se rendre à l'évidence, et faire entrer en ligne de compte la volonté de l'esclave, meuble pensant, comme pouvant indiquer le rapport de fait qui

1. Dans le même sens, Molitor : La Possession...., p. 64.

Digitized by Google

le rattache à son maître, et par suite l'attestation du droit de ce dernier ; c'est un point de vue que nous constaterons plus d'une fois dans le courant de cette étude ; nous verrons que dans bien des cas il y aura à tenir compte de l'*animus* personnel de l'esclave ; et pour ne citer que le plus remarquable, on admit, bien qu'en général la possession des choses mobilières se perde dès qu'elles échappent à la disposition de celui qui les détenait, que l'esclave malgré l'absence, l'éloignement de son maître restait en sa possession pourvu qu'il eût la volonté de lui demeurer attaché : la volonté de l'esclave, son *animus* personnel, le rattache à son maître, ou plutôt atteste le droit de celui-ci ; de plus la plupart des décisions relatives à cet objet eurent pour point de départ cette constatation de fait que le propriétaire d'un esclave en jouit d'une façon fort différente d'un simple meuble, qu'il l'envoie au loin et s'en sépare, et que par suite cette séparation ne pouvait pas plus nuire à la possession, que l'absence du propriétaire à celle qu'il a sur les immeubles. Qu'est-il étonnant s'il en est ainsi, s'il est plus difficile de perdre la possession des esclaves, qu'il soit au contraire plus facile de l'acquérir? Qu'est-il étonnant si leur *animus* suffit à protester contre l'absence du maître et à lui maintenir la possession, qu'il ne soit également capable d'attester son droit à l'effet de lui acquérir la possession? Pourquoi disions-nous que toutes les chose mobilières, meubles inertes, laissées dans la maison et sous la *custodia* d'autrui, n'ont pu passer sous la possession de celui à qui elles ont été livrées et qui ne s'en est pas encore emparé? C'est parce que rien n'a été encore changé dans leur situation de fait et que celle-ci les rattache au maître de la maison sous la *custodia* duquel elles se trouvent, et non à celui qui a omis de s'en emparer. Or, il n'en est plus de même de l'esclave qui sait appartenir à autrui, il y a changement de fait dans sa situation matérielle ; son *animus* personnel le rattache à autrui ; et bien que laissé dans la demeure de l'ancien possesseur, il en est de lui comme de ces marchandises renfermées dans un grenier, elles portent l'empreinte de la main mise d'autrui ; sans doute la seule volonté de l'esclave ne suffit pas à faire valoir la possession d'un nouveau maître, ce serait trop facile ; pas plus que le fait d'avoir enfermé des denrées dans un magasin ne m'en ôte la possession ; il faut qu'à ce premier fait, s'en rattache un second qui soit volontaire de ma part : pour les marchandises, la remise des clefs ; pour l'esclave, la remise des titres. Mais quand ces deux conditions se rencontrent ; quand d'un côté l'esclave sait et veut appartenir à son nouveau maître et que de l'autre l'ancien a remis à celui-ci les titres qui constataient sa propriété, n'y a-t-il pas affirmation par un fait exterieur du droit du nouveau possesseur? Le propriétaire se manifeste par la volonté de l'esclave qui se rattache à lui, et ce rapport de fait se trouve en même temps sanctionné par l'accord des deux

Digitized by Google

parties, tel qu'il a été révélé par la remise des titres. Si cette solution est conforme aux principes, si elle correspond à la nature des choses, ce qui est le point de vue suprême en cette matière, en un mot si elle est exacte, et elle peut s'appuyer au moins dans son point de départ sur l'autorité d'Hufeland (1), nous pensons que la nécessité de la présence des esclaves lors de la remise des titres est tout à fait accessoire, et ne doit entrer en ligne de compte qu'à l'effet de prouver ce fait important que les esclaves ont connu l'acte par lequel on disposait d'eux et entendu ne plus dépendre désormais que de leur nouveau maître. Mais en dehors de cette question de preuve, nous pensons que le fait de la présence ne sera pas plus utile pour la remise des titres qu'il ne l'était pour la remise des clefs; et de cette façon nous avons au moins l'avantage de ne pas sous-entendre arbitrairement dans la loi 1 au code 8, 54, une condition qui n'y est nullement exprimée et que rien ne fait supposer.

20. — En résumé, devient possesseur celui qui se trouve avec la chose dans un rapport de fait tel que son droit de propriété est manifesté, affirmé d'une façon sensible, indépendamment de toute question de droit ou d'intention personnelle; en principe, ce rapport consiste, relativement aux meubles, dans le fait de les avoir à sa disposition, de s'en servir; parce que c'est d'ordinaire de cette façon que le propriétaire exerce son droit sur les choses de cette espèce. Aussi avons-nous exigé pour la prise de possession que le nouveau possesseur soit présent, s'empare de la chose et la soustraie ainsi à la disposition d'autrui. Ce sera le cas du voleur comme celui de l'acquéreur légitime qui reçoit la chose des mains du précédent propriétaire. Ce fait matériel ne pourrait être suppléé en principe ni par un écrit constatant le droit de propriété de l'acquéreur, ni par la remise des titres de propriété relatifs à la chose vendue. Mais l'action physique du possesseur n'est plus requise si la chose a été mise sous sa *custodia*; c'est-à-dire soumise à un ensemble de dispositions matérielles destinées à attester le droit du propriétaire sur les choses qui s'y trouvent comprises, c'est ainsi que les objets apportés dans ma demeure tombent sous ma possession; de même pour les engrais déposés sur mes terres, les matériaux déchargés dans la cour de ma ferme, les oiseaux pris dans mes pièges ou dans mes filets; les produits de ma basse-cour et autres productions de ce genre. Enfin la possession peut m'être acquise même sur les objets que j'ai laissés sous la *custodia* d'autrui, dans sa demeure par exemple; pourvu qu'il y ait eu modification dans le rapport matériel qui rattache ces objets au maître de la maison et état de fait suffisant pour attester mon droit de propriété; pour les meubles difficiles à transporter il aura suffi que j'aie fait acte de présence et que livraison m'ait été faite alors du consentement de l'ancien possesseur; pour les marchandises achetées, ce

1. Nouvelle exposition...., p. 124.

Digitized by Google

fait pourra résulter de ce que, du consentement de celui-ci, ma marque aura été apposée sur celles que je veux choisir ; décision importante au point de vue du commerce puisqu'elle me permettra d'acquérir sans déplacement la possession des choses achetées au loin ; il suffira que mon mandataire les ait choisies et marquées ; sans qu'il soit obligé de s'en emparer lui-même et de se charger des soins de l'expédition. Enfin pour les denrées commerciales dont je ne veux pas prendre livraison immédiate, la possession résultera de ce qu'elles auront été soustraites à la disposition du vendeur par la fermeture du magasin qui les renferme et qu'en même temps mon droit de propriété aura été attesté par la remise des clefs qui m'en donnent la disposition : ici encore la manifestation extérieure du droit de propriété se trouve suffisamment révélée dès que l'acheteur a connaissance exacte du magasin dont il a les clefs et par suite dès que les marchandises qu'il entend acquérir se trouvent désignées dans leur individualité et dans leur quotité ; ces conditions remplies, il n'est pas nécessaire que la remise des clefs ait eu lieu près des portes du magasin. En dernier lieu nous avons signalé une décision spéciale aux esclaves, meubles pensants, dont la volonté peut confirmer le rapport de fait qui les relie au nouveau maître et par suite protester contre la *custodia* d'autrui ; aussi avons-nous reconnu que pour eux la remise des titres de propriété, même en dehors de leur présence, aura suffi pour en transmettre la possession à l'acquéreur.

30. — Nous nous sommes attachés à démontrer l'inexactitude de la théorie de Savigny qui fait dépendre toujours l'acquisition de la possession de la possibilité d'une action physique sur les choses qui y sont soumises ; nous avons essayé de faire ressortir la puérilité et le formalisme de certaines solutions auxquelles elle conduisait et nous lui avons substitué cette formule : la possession est acquise dès que l'exercice du droit de propriété s'est affirmé par un fait extérieur, en rapport avec la façon normale dont le propriétaire a coutume de se comporter vis-à-vis de chacun des objets qui lui appartiennent ; nous avons suivi cette formule dans le détail de ses applications et nous les avons toujours rencontrées en harmonie avec la nature des choses ; concordant de tous points avec les nécessités de la pratique, les besoins du commerce, se pliant aux diversités des situations, à celles surtout que présentent les caractères si variables des objets mobiliers et confirmant cette pensée mise au frontispice de cette étude, que le droit Romain en matière de possession n'a fait que constater les faits, suivre la nature des choses et leur accorder à toutes les privilèges de l'égalité en les conformant aux diversités de chacune d'elles. Il s'agissait d'une question de pratique usuelle et par suite d'importance capitale, ce qui peut suffire à légitimer les developpements que nous avons cru devoir donner à ce premier point de notre travail.

Digitized by Google

*De l'*animus. — *Cas où il fait défaut.*

31. — D'après ce que nous avons dit au début de ce chapitre, la question d'existence de l'*animus* ne se distingue ordinairement pas de celle que nous venons d'examiner ; le *corpus* étant, d'après nous, la représentation matérielle, extérieure de l'*animus* lui-même, l'affirmation par les faits du droit de propriété. La véritable question est donc uniquement de savoir si cette affirmation ne se trouve pas elle-même contredite pas les faits ou par la préexistence d'une déclaration contraire ; aussi avons-nous à examiner seulement les cas où nécessairement l'*animus* est présumé ne pouvoir pas exister, les cas où, étant donnée la réalisation de l'élément matériel de la prise de possession dans les circonstances et de la manière que nous avons précisées, la possession cependant n'aura pas été acquise pour défaut d'*animus* ; parce que les faits eux-mêmes prouvent que cet exercice extérieur du droit ne peut être qu'une démonstration vaine et que celui de qui il émane ne peut être admis à se dire propriétaire. Nous grouperons sous trois chefs les différents cas où l'*animus* se trouve légalement impossible. Le premier résultera de l'indétermination même de la chose possédée, ou des circonstances de fait qui empêchent qu'elle soit possédée d'une façon indépendante et isolée ; le second d'une déclaration juridique préexistante incompatible avec le droit de celui qui se prétend possesseur ; et le troisième de l'incapacité naturelle de vouloir et par suite d'avoir conscience de son propre droit.

32. — 1° La première règle à poser en cette matière est que pour élever des prétentions à la propriété d'une chose il faut avoir exactement conscience de l'objet que l'on a en vue : l'existence de la possession et sa fonction dans un débat ultérieur sur le fond du droit, implique que le possesseur est celui qui antérieurement s'est réclamé de son droit sur la chose possédée et qui a exercé sur elle d'une façon déterminée et exclusive le droit dont il se réclame. Il ne peut donc y avoir aucune indétermination quant à l'objet matériel de la possession ; sinon il pourrait bien être question au profit du possesseur qui s'en prévaut d'un droit abstrait sur une chose non précisée, mais aucune chose ne pourrait être déclarée être spécialement celle qui lui serait affectée ; s'il ne peut désigner lui-même quel est exactement dans son individualité l'objet de sa possession, il n'en est aucun sur lequel toute autre personne ne puisse se prévaloir à son encontre d'une possession actuellement existante. Nous tirerons de là ces conclusions : que la possession ne peut exister que lorsque l'on a conscience du moment exact de la prise de possession ; ainsi un homme en état d'ivresse qui s'empare d'une chose par mé-

Digitized by Google

garde et continue à la détenir une fois revenu à la raison n'a acquis la possession que lorsqu'il a pu se rendre suffisamment compte du fait inconscient auquel il s'était livré ; nous dirons de même que la possession ne saurait exister sur une chose qui n'est pas au moins déterminée dans votre esprit : ainsi les marchandises apportées dans votre maison peuvent vous être acquises même en votre absence, mais à condition que vous sachiez de quelles choses il est question ; c'est ainsi qu'au cas de vente en bloc, ou de vente alternative, la possession ne commence qu'une fois la consistance connue, ou le choix déterminé ; nous avons vu de cela quelques applications à propos de la marque apposée sur les objets achetés ou des denrées enfermées dans les greniers du vendeur. Il ne suffit pas que cette détermination de la chose existe dans l'esprit, il faut qu'elle soit telle qu'elle rende possible la possession matérielle de la chose. C'est ce qui fait qu'en général on ne peut être possesseur d'une partie divise d'un objet mobilier formant un tout matériel ; car, s'il est possible de diviser en parcelles infinies un fonds de terre dont chacune soit susceptible d'une jouissance exclusive, on ne peut sans le briser concéder la possession matérielle des parties différentes d'un objet mobilier ; on ne peut détenir moitié d'un meuble sans que l'autre suive ; aussi les textes qui nous parlent de possession divise n'ont-ils en vue que des fonds de terre (1). Mais rien n'empêche d'en acquérir la posssession indivise ; plusieurs personnes peuvent prétendre à la fois au droit de jouir ensemble des avantages d'un objet corporel mobilier, pourvu que la proportionnalité de leur droit soit nettement fixée (2). La seule condition exigée est donc que chacun des possesseurs connaisse exactement pour quelle part il entend posséder : ainsi deux héritiers qui sont en contestation sur l'étendue réciproque de leurs droits héréditaires ont beau jouir ensemble des meubles de la succession, aucun n'est possesseur à l'effet de bénéficier de l'interdit *utrubi* contre un tiers ; on peut croire toutefois que s'ils agissent conjointement contre ce tiers, ils pourront se dire alors possesseurs puisqu'à tous deux ils se trouvent détenir le tout comme pourrait le faire un seul individu en vertu d'une appréhension totale de l'objet (3). De même qu'on ne peut posséder partie divise d'un objet mobilier, de même on ne peut posséder séparément un objet mobilier faisant corps avec un immeuble, ainsi la poutre servant à la charpente d'une maison ; mais lors même que l'on posséderait la maison, posséderait-on divisément la poutre qui se trouve en faire partie ? Évidemment non, car la prétention du pos-

1. L. 26, 41, 2. L. 8 *de Rei vindic.*
2. L. 26, 41, 2. L. 33, § 2, *de usurp.*
3. Savigny, en note sur la loi 33, § 2, *de usurp., loc. cit.*, p. 277, note 4.

Digitized by Google

sesseur n'est pas de posséder d'une façon séparée pour en jouir isolément chacune des parties qui composent le tout qui lui appartient, mais bien de ne considérer chacune d'elles que comme un élément de l'ensemble qu'elles contribuent à former. Les matériaux d'une maison ont donc perdu leur individualité à ses yeux ; ils ne sont pour lui que des fractions d'une maison ; ils n'ont pas existé pour lui à l'état de pierres, de poutres, de ferrures, et lorsqu'ils reprennent par la démolition leur individualité primitive, celui à qui ils appartiennent acquiert sur eux une possession toute nouvelle et est censé ne les avoir pas encore possédés antérieurement, au moins en tant qu'ils sont envisagés à l'état de choses indépendantes. Cette règle est de la plus haute importance, en matière d'interdits par exemple, puisque les règles varient suivant la nature mobilière ou immobilière des choses ; c'est ainsi que des matériaux détachés, volés se trouveront être protégés par les interdits propres aux immeubles (1). Nous verrons d'autres applications intéressantes de ce principe en matière d'usucapion des meubles.

33. — 2° La seconde catégorie de faits dont nous avons à nous occuper comprend les cas où le rapport existant entre le detenteur et la chose qu'il détient implique reconnaissance antérieure de la propriété d'autrui. Ceci s'applique à tous les détenteurs pour autrui, usufruitiers, commodataires, locataires, fermiers, dépositaires. Dans la théorie de Savigny, il est difficile de comprendre pourquoi la loi leur refuse la protection possessoire. Si celle-ci n'a d'autre but que de réprimer la violence, il doit s'en suivre que la répression doit appartenir à celui qui a souffert du trouble ; et il n'y a point à tenir compte du caractère de sa détention ; la question de droit étant écartée, la violence doit être repoussée et punie quel que soit le droit du violenté sur la chose qu'on veut lui ravir. On n'a pas à s'occuper de savoir si la victime du trouble est ou non propriétaire, et il n'y a pas plus de raison pour que l'on ait à se demander s'il reconnaît ou non un possesseur autre que lui de la chose qu'il détient ; que cela soit ou non, il ne s'en suit pas moins que c'est lui qui a été la victime directe et immédiate du trouble et il est injuste non moins qu'illogique de remettre le soin de sa défense aux mains d'un tiers qui peut fort bien négliger de le protéger (2). Si au centraire, comme cela doit être dans notre théorie, la possession n'est possible que là où la propriété est possible, il est certain qu'on devait écarter de prime abord toute la classe de ceux qui se sont déclarés et reconnus eux-mêmes non propriétaires. Il ne s'agit pas de faire intervenir une question de droit ; mais de constater les liens juridiques préexistants comme un élément de fait qui vient contredire l'affirmation matérielle du droit de propriété.

1. Savigny. *Loc. cit.*, p. 282.
2. Ihering, *loc. cit.*, p. 9 et 10.

Digitized by Google

34. — Mais pourrait-on admettre que ces détenteurs pour autrui, venant à protester contre le titre qui se trouve à la base, au début même de leur détention, il leur suffit d'affirmer désormais leur prétention à la propriété, pour qu'ils puissent acquérir la possession? Le *corpus* existe puisqu'ils font acte de propriétaire, suffira-t-il d'un changement de volonté pour que l'*animus* leur soit reconnu? Certainement non; en matière de possession, une simple prétention qui ne s'incarne pas dans un fait extérieur est non avenue, car le but de la possession est précisément de remplacer l'affirmation verbale par celle qui résulte des faits eux-mêmes et des circonstances. Or, il n'est aucun fait matériel qui puisse manifester valablement cette prétention nouvelle, puisque tous les faits de ce genre que le détenteur pourrait accomplir se trouvent qualifiés par le titre même en vertu duquel il a la jouissance de la chose (1); il n'est qu'un seul fait qui soit capable de détruire le caractère qui s'attache à sa détention, c'est un fait juridique. Un fait juridique les a constitués simples détenteurs, exclus de la propriété; un fait juridique peut seul faire tomber cette déclaration et la remplacer par une prétention contraire. De là cette maxime célèbre : *Nemo causam possessionis mutare potest* (2). Cette règle que la simple détention pour autrui ne constitue pas la possession, et par suite ne donne point droit aux interdits, subit, en apparence au moins, deux exceptions notables, au cas de gage et de précaire. Pour le gagiste la dérogation s'explique par l'origine du contrat. On sait que dans le principe le débiteur livrait au créancier la propriété même de la chose engagée; si bien que ce contrat, loin de contredire la prétention du gagiste, ne faisait que la confirmer. Plus tard, il est vrai, le débiteur ne se dessaisit plus de la propriété elle-même et ne remit que l'usage de la chose. Mais on considéra comme impossible d'enlever au gagiste une protection qui était la sauvegarde même de son droit, et l'une des conditions indispensables du maintien de ses prérogatives. Le contrat est donc censé lui avoir donné tous les attributs de la propriété; ainsi, bien qu'il ne soit pas propriétaire, personne ne peut revendiquer contre lui; et lorsqu'on attente à sa possession, il doit pouvoir se défendre par les interdits! On aura beau lui opposer son titre et lui dire qu'il proteste contre le droit de propriété dont l'interdit suppose au moins la possibilité; c'est vrai, dira-t-il, mais éventuellement je suis substitué au propriétaire, à tel point que fussiez-vous le propriétaire lui-même, le contrat de gage me donnerait même contre vous les attributs du droit de

1. Cela suppose, bien entendu, que le contrat primitif donnait au détenteur l'exercice le plus complet du droit de jouissance; si le pouvoir du détenteur était limité à certains actes et qu'il détournât intentionnellement la chose de l'usage qui lui a été permis, il ferait acte de maître. Il y aurait alors pour le possesseur, perte du *corpus* lui-même et la règle *nemo potest*, etc., ne s'applique plus, *cf. inf.* n° 54.

2. L. 19, § 1 (41, 2).

Digitized by Google

propriété. Il en est de même du précariste, qui pour tous, sauf pour le concédant, est substitué au propriétaire.

35. — 3° La troisième catégorie comprend les cas où la volonté faisant défaut, l'*animus* ne peut valablement exister. C'est le cas de l'*infans*, du *furiosus*, de tous ceux en un mot qui ne peuvent en aucune façon avoir la volonté d'être propriétaire. On pourrait peut-être, au premier abord, se demander comment cette impossibilité pour ces personnes d'acquérir par elles-mêmes la possession peut se concilier avec la théorie d'Ihéring ; je ne dis pas avec celle de Savigny, car elle lui est manifestement contradictoire. Mais pour Ihéring lui-même, si la possession n'est que la position avancée de la propriété, si elle est possible là seulement où la propriété est possible, ne devrions-nous pas dire : Les fous, les *infantes*, les personnes morales peuvent être propriétaires ; pourquoi ne pourraient-ils acquérir la possession ? Si le débat sur la possession a pour but de déterminer les chances des parties dans un débat ultérieur au pétitoire, ces personnes n'ont-elles pas autant d'intérêt que d'autres à s'assurer la position de défendeur à la revendication ? Nous répondrons toutefois que la question d'existence de la possession ne saurait dépendre du plus ou moins d'intérêt des parties en cause ; et c'est bien au contraire, nous avons essayé de le montrer au début, parce qu'elle est envisagée au point de vue d'un débat ultérieur sur la propriété, qu'elle doit consister avant tout dans l'affirmation raisonnée et consciente de la volonté d'être propriétaire : c'est même là son élément principal, essentiel. Il peut se faire en effet que l'*infans*, que le *furiosus* soit propriétaire, mais n'ayant pas de volonté, il ne peut avoir conscience de son droit ; et entre deux individus l'un qui affirme sa propriété, et l'autre qui, quelles que soient les apparences matérielles, ne peut prétendre à rien, ne peut vouloir être propriétaire, ni affirmer qu'il le soit, il ne pouvait y avoir d'hésitation. Ainsi donc sur le terrain possessoire, les personnes dépourvues de volonté ne pouvaient avoir la ressource des interdits, elles étaient réduites à entamer la question de droit, ou, s'il s'agissait de meubles volés, à l'action *furti*.

36. — Cette rigueur était fort tempérée par la théorie que nous examinerons plus loin de l'acquisition pour autrui et surtout de l'acquisition de la possession par les esclaves ; mais nous restons en ce moment sur le terrain de l'acquisition personnelle ; cependant même à ce point de vue on se départit des sévérités d'une logique inflexible ; on put se demander en effet si cette théorie ne conduisait pas à enlever à l'*infans* les avantages de l'accessoire le plus indispensable pour la protection de la propriété elle-même ; or si les *infantes* sont incapables d'affirmer leur droit, n'y a-t-il pas quelqu'un qui puisse en répondre pour eux ? Le tuteur ; celui-ci d'ailleurs pouvait, comme nous le verrons, acquérir lui-même la possession au pupille

Digitized by Google

sans l'intervention de ce dernier, pourquoi n'aurait-il pas validé par son concours la prise de possession réalisée par le pupille *infans*? La question fut admise sans difficulté (1). Mais on alla jusqu'à se demander si les *infantes* ne pourraient pas acquérir la possession par eux-mêmes sans l'*auctoritas tutoris* (2). On faisait les mêmes objections que celles que nous relevions tout à l'heure. La possession est chose de fait, disait Nerva. C'est-à-dire: l'*infans* peut-il être propriétaire? Assurément; alors pourquoi ne pas lui reconnaître l'exercice, l'apparence matérielle de la propriété? N'est-ce pas là le seul fait qu'il faille prendre en considération? Mais on avait répondu avec raison: sans doute, la possession est chose de fait, mais à une condition c'est que parmi les faits dont il faille tenir compte se trouve celui d'en avoir conscience. Comme nous le disions dans une section précédente, l'homme en état d'ivresse qui met, sans se rendre compte de ce qu'il fait, la main sur une chose et l'emporte, en acquiert-il immédiatement la possession? Évidemment non, car s'il a fait acte de propriétaire, c'est inconsciemment et sans vouloir être propriétaire, dès lors quelle valeur, même au point de vue du fait, peut avoir cette action aveugle et toute mécanique: Il en serait de même encore, disait Paul, de l'individu endormi entre les mains duquel on placerait un objet; lui seul l'a à sa disposition, le possède-t-il pour cela? Non, sans doute. Il en est assurément de même de l'enfant qui n'a pas l'âge de raison.

37. — La généralité de cette solution semble cependant avoir été contredite, au moins pour un cas particulier qu'il ne nous est pas permis d'omettre, car l'exception, si elle était admise, porterait exclusivement sur les choses mobilières, celles par conséquent dont nous avons entrepris l'étude. Une constitution de l'empereur Décius (3) à propos de choses données à un *infans*, reconnaît à celui-ci la possession, sans qu'il soit fait allusion à l'intervention du tuteur. M. Accarias (4), la croit sous-entendue, et cela pour le motif indiqué au texte: l'empereur répond en effet que si l'on objectait dans ce cas le défaut d'*animus* chez l'*infans*, il faudrait alors nier qu'il pût acquérir la possession par son tuteur, puisque le même obstacle se trouverait exister. Or, continue M. Accarias, complétant la suite du raisonnement, si cette dernière dérogation a été admise, c'est que l'*animus* du tuteur supplée celui du pupille, et s'il en est ainsi, il n'y avait plus de raison sérieuse de distinguer entre le cas où le tuteur réaliserait lui-même l'élément matériel de la possession, et le cas où celui-ci se trouverait réalisé dans la personne même du pu-

1. L. 32, § 2 (41,2).
2. L. 1, § 3 (41,2).
3. L. 3, Cod. 7, 32.
4. *Précis de dr. romain*, t. I, n° 214, 1re édit. p. 477, note 2.

Digitized by Google

pille. C'est cette dernière hypothèse qui seule avait pu faire naître des doutes, l'empereur la résout en renvoyant à la solution admise pour le cas où le *corpus* et l'*animus* se trouvent réunis chez le tuteur ; l'*animus* de ce dernier valide la prise de possession au nom du pupille, il doit valider de même la prise de possession réalisée par l'*infans* en personne. Donc dans les deux cas l'intervention du tuteur est nécessaire. puisque seule elle explique la décision donnée. M. Ihering, au contraire, accepte la constitution à la lettre et base l'exception qu'elle introduit sur les mots *rerum donatarum*, qu'il interprète de cette façon : il s'agit là, dit-il, des petits cadeaux, des jouets, des objets sans importance que l'on donne aux petits enfants, les seuls dont il leur soit fait présent en l'absence et sans l'intervention de leur tuteur ; or, fallait-il donc leur refuser les avantages de la possession bien que celui-ci n'eût pas été présent ? C'eût été rigoureux. Aussi l'empereur admet-il pour ce cas seulement et pour ces objets mobiliers une dérogation au principe général qui exige l'*auctoritas tutoris* ; il donne cette décision comme une extension, presque une conséquence logique du système, consacré par l'opinion de Papinien (1), de l'acquisition à l'*infans* de la possession véritable avec le simple concours du tuteur ; dans ce cas, dit-il, l'*animus* de l'*infans* fait également défaut, la possession n'en est pas moins admise, pourquoi ne pas en décider de même en l'absence du tuteur ? D'ailleurs, dit-il, le texte suppose bien que l'élément corporel de la possession ait été seul réalisé, et qu'il n'y ait eu d'*animus* chez personne, c'est ce qu'expriment ces mots : *Vacua possessio tradita corpore*. Enfin ces controverses auxquelles la loi fait allusion, nous les connaissons, ce sont celles dont il est parlé dans la loi 1 § 3 (41-2) que nous citions plus haut et qui nous montre Nerva proposant de faire acquérir la possession à l'*infans* même sans l'*auctoritas tutoris* ; il ne pouvait être question de la lui refuser si le tuteur avait prêté son concours, car c'était désormais un point admis et hors de toute discussion que l'*infans* pouvait *auctoritate tutoris* acquérir la possession. Si l'on objecte une constitution postérieure (2) qui suppose encore que l'*infans* ne puisse à lui seul acquérir une possession valable, on répond qu'il ne s'agit plus dans ce cas de ces menus objets pour lesquels seuls il est fait exception dans la loi 3 Cod. 7, 42. Cependant c'est cette exception elle-même et les limites dans lesquelles Ihering la renferme, qui nous empêche d'admettre l'exactitude de son interprétation. Les termes très généraux de la constitution ne laissent pas entendre qu'il s'agisse uniquement d'objets de menue importance, comme Ihering semble le croire ; et s'il en était ainsi, l'empereur, au lieu de recourir à un motif également très général dans sa

1. L. 32, § 2 (41-2).
2. L. 26, 8, 54 Cod.

Digitized by Google

portée, eût basé sa décision uniquement sur le caractère des objets en cause. Au contraire il emprunte la raison qu'il invoque à Papinien, qui lui-même la donnait pour légitimer l'acquisition de la possession *auctoritate tutoris*. Si l'*infans* assisté de son tuteur ne peut devenir possesseur par lui-même, dit-il dans la loi 32 § 2 (41-2), il faut avouer que dans aucun cas on ne pourra plus dire qu'il soit capable d'acquérir la possession. C'est le même raisonnement que l'empereur accepte en le précisant davantage : si l'*infans* qui possède *auctoritate tutoris* n'est qu'un simple détenteur, comment admettre qu'il n'en soit plus de même au cas où c'est le tuteur qui a réalisé en personne la prise de possession ? Empruntant ainsi la réponse de Papinien, il faut bien reconnaître que l'empereur devait se placer exactement dans l'hypothèse qui l'avait suggérée au jurisconsulte, celle par conséquent où le tuteur ayant été présent, on objectait néanmoins que le pupille n'avait encore qu'une *vacua possessio* dépourvue d'*animus*. Aussi croyons-nous que sans distinction et de quelque objet qu'il puisse être question, la règle générale et absolue est celle posée au début de la loi 1 § 3 (41-2) : Le pupille *infans* sans l'*auctoritas tutoris* ne peut acquérir la possession (1).

38. — La seule exception faite au principe qui exige l'*animus* personnel chez celui en qui se réalise le *corpus* existe donc à l'égard de l'*infans* assisté de son tuteur; nous ne voyons pas qu'elle eût été étendue aux *furiosi* (2), ni aux *municipes* (3). Il leur reste la faculté d'acquérir par representants suivant la règle générale.

39. — *Acquisition de la possession par autrui.* — Il a toujours été admis que le fait matériel de la possession pouvait être réalisé par un autre que celui en qui se manifestait l'*animus*; c'est qu'en effet ce fait matériel n'a de valeur qu'en tant qu'il atteste la prétention à la propriété ; en principe il contient à lui seul affirmation suffisante à cet effet, à moins que cette dernière ne se trouve en contradiction avec un fait juridique antérieur qui rattache au droit d'autrui l'acte matériel du détenteur ; nous l'avons vu pour le locataire à qui la simple detention a été remise, et qui continue au nom d'autrui l'exercice extérieur du droit de propriété ; il doit donc en être de même pour celui qui, au lieu de recevoir la détention des mains du possesseur, réalise pour autrui le fait même de la prise de possession. C'est ce qui se présente pour le mandataire qui, par un fait juridique antérieur, a déclaré d'avance accomplir pour autrui l'acte nécessaire à l'acquisition de la possession ; en l'effectuant il n'a fait qu'affirmer le droit de propriété dont un autre se prétend titulaire. Celui-ci se trouve ainsi être manifesté comme le pro-

1. Cf. Cujas sur la loi 1 § 3, t. 8, *hoc. titul.* p. 241.
2. L. 1 § 3 (41-2).
3. L. 1 § 22 (41-2).

Digitized by Google

priétaire visible de la chose, puisque l'affirmation de son droit s'appuie sur un acte de jouissance exclusive fait en son nom et en vue de faire apparaître dans le domaine des faits ce droit dont il se prévaut. Remarquons qu'il n'y a dans cette décision rien de contraire au principe romain de la non-représentation pour autrui. Ce dernier signifie que la personne juridique ne peut pas fictivement se substituer à une autre. Dans notre hypothèse, il n'y a ni fiction, ni substitution de personne. Le mandataire accomplit le fait matériel de la prise de possession ; mais c'est bien lui qui est reconnu l'accomplir ; le mandant n'est pas substitué en son lieu et place. Le mandataire affirme seulement qu'il n'a réalisé cet acte d'appréhension que pour un autre lequel se prévaut seul de la propriété ; l'*animus* du mandataire n'est donc pas davantage substitué à celui du mandant. Il résulte de tout cela que du moment où le mandataire s'est emparé de l'objet, le mandant, pourvu qu'il ait su que la prise de possession avait lieu, se trouve être immédiatement devenu possesseur. Cette solution ne saurait être infirmée par la loi 59 (41-1), laquelle traite avant tout la question de transmission de propriété et suppose que le mandataire a traité en son nom, sans que le *tradens* ait entendu faire acquérir la propriété au mandant. L'*animus* spécial à la tradition, et que nous ne devons pas confondre avec celui nécessaire à la prise de possession, se trouve n'avoir pas existé dans les rapports entre le *tradens* et le mandant ; celui-ci ne deviendra donc propriétaire qu'après livraison postérieure de la part du mandataire (1).

40. — De ces prémisses il résulte que le fait de la prise de possession doit avoir le même caractère que s'il avait été accompli par le possesseur lui-même ; nous appliquerons donc au fait matériel réalisé par le mandataire toutes les solutions données à la section précédente. Il en resulte en outre que l'élément intellectuel doit exister chez les deux agents en cause : 1° Il faut que le mandant affirme la volonté de devenir possesseur pour son propre compte. 2° Il faut que le mandataire ait reconnu la prétention du mandant et qu'il ait l'intention de lui acquérir la possession. Nous verrons que de notables dérogations ont été admises à ces principes et que par elles on arriva à corriger ce que pouvait avoir de rigoureux la théorie de la non-représentation.

41. — Mais avant d'examiner les exceptions, il importe de mieux préciser la seconde des deux règles que nous venons d'établir. Nous avons vu que le locataire dont la titre proteste contre la prétention au droit de propriété ne peut en manifestant une volonté contraire réaliser un *animus* dont on doive lui tenir compte pour l'acquisition de la possession. Dirons-nous de même que le mandataire qui par un fait juridique antérieur s'est engagé à

1. Cf. L. 65 prin. 41-1, et Cujas sur le § 5 Inst. II. Tit. 9. Cuj. t. 8.

Digitized by Google

prendre possession d'une chose pour autrui ne peut protester contre cet engagement et acquérir la possession pour lui-même? Nous ne le croyons pas. Le locataire ne peut réaliser l'élément matériel de la possession sans se trouver, indépendamment de toute volonté de sa part, affirmer le droit d'autrui; toute possession personnelle à laquelle il voudrait prétendre pour son propre compte est viciée dès le principe. Quant au mandataire il s'engage bien à prendre possession pour autrui, mais le jour où il prend cet engagement, la chose n'est pas encore soumise à son action physique; si donc à son entrée en possession, il manifeste l'intention d'avoir la chose pour lui, on ne peut lui appliquer la règle: *Nemo potest etc.* Il commence une possession pour lui; qu'importe une déclaration antérieure qui l'engage? Elle n'a pu frapper déterminément sur une chose qui était au pouvoir d'autrui et que le futur possesseur ne peut encore revendiquer comme sienne. Le mandataire peut, tout en trahissant un engagement antérieur, affirmer un droit personnel sur une chose qui n'avait encore jamais été en la possession du mandant, il n'y a à cela rien de contradictoire.

C'est ce qu'indique Julien pour le cas où le vendeur voulant me faire acquérir la chose, le mandataire entend l'acquérir pour lui-même; en ce cas, dit-il, *nihil agetur* (1). Cela est vrai de la propriété, car elle ne pourrait être acquise au mandant que par la possession, et, d'après ce que nous venons de dire, elle ne peut passer sur sa tête à l'encontre de la volonté contraire du mandataire; celui-ci ne devient pas davantage *dominus*, le *tradens* n'ayant pas eu l'intention de lui transférer la propriété; mais ne devient-il pas au moins possesseur pour son compte? Il faut bien l'admettre, sinon nous arriverions à cette impossibilité contre laquelle s'élève la loi 1 § 20 (41, 2) et qui consisterait en ce que personne n'aurait la possession; ni le mandant par suite de l'opposition du mandataire, ni le *tradens* par suite de la répudiation de l'*animus possidendi*. Il importe donc dans cette hypothèse comme dans les précédentes de distinguer nettement l'acquisition de la possession du fait de la transmission du *dominium*; c'est en se référant à celui-ci seulement que Julien a pu dire *nihil agetur*. Cette distinction est nettement indiquée par Cujas dans ses remarques sur le § 5 du tit. 9, Liv. 2 aux Institutes (2). Ulpien a donné cependant une décision contraire à celle de Julien; il admet dans une hypothèse semblable (3) que la propriété passe au mandant, malgré l'opposition intime du mandataire; et, comme il s'agit de tradition, que la possession lui est acquise, puisque seule cette dernière peut être en pareil cas le fondement de la propriété. Je

1. L. 37 § 6 (41, 1). L. 1 § 20 (41, 2). L. 13 (39, 5).
2. Cf. Cujas, t. 8. Schol. sur § 5. L. 2, t. 9, Instit., lettre g.
3. L. 13 (39, 5). Cf. M. Accarias, t. I, 3e édit., p. 723, note 2.

Digitized by Google

pense que le jurisconsulte veut dire ceci : le mandataire qui reçoit la chose ne proteste pas de sa volonté d'acquérir pour son compte, car on ne comprendrait pas alors que le *tradens* persévérât dans l'intention de transférer la propriété au mandant puisqu'il remettrait la chose à qui veut au contraire la garder pour soi. Puis, c'est ensuite, la tradition faite, que le mandataire mis en demeure de restituer au mandant, excipe de ses prétentions, invoque peut-être, sinon sa propriété qui ne lui a été reconnue par aucun jurisconsulte, mais du moins l'usucapion, ou prétend avoir droit aux interdits. Or, je pense que, par suite des progrès de la jurisprudence, on en était arrivé à décider qu'il ne serait pas admis après coup à faire la preuve d'une intention contraire à celle que faisait présumer l'acte auquel il s'est prêté sans protestation antérieure. Ceci donc ne devrait plus s'appliquer au cas où par hasard il eut nettement manifesté son intention ; supposons qu'il dise au *tradens* : Cette chose que vous devez à mon maître, ou au mandant, il me l'a promise d'avance et je veux en devenir propriétaire ; que le *tradens*, incertain, lui livre la chose avec l'intention de la faire avoir au mandant, si son intermédiaire dit faux, ou à ce dernier s'il dit vrai ; je crois qu'alors la possession a été réellement acquise à celui-ci dans tous les cas ; et que c'est l'opinion de Julien qui doit l'emporter. Ainsi peuvent se concilier les deux textes, sans imaginer le sous-entendu des anciens glossateurs qui avaient trouvé bon de faire dire à la loi 37 (41, 1) de Julien : *Nihil agitur in sua persona, sed in persona hujus quem voluit tradens* (1).

42. — La règle ainsi précisée, nous avons à signaler deux exceptions importantes : 1° On arriva à déclarer que le mandataire nous acquiert la possession des choses appréhendées même à notre insu, c'est-à-dire avant même que nous ayons connaissance de la prise de possession faite en notre nom. La dérogation porte ici sur l'existence de l'*animus* personnel chez le mandant qui devient possesseur. La question avait été controversée, mais cette solution l'avait emporté ; elle fut d'ailleurs définitivement confirmée par une constitution de Septime-Sévère et Caracalla (2). Au fond il n'est peut-être pas sans intérêt de rapprocher cette décision de celle qui avait été admise pour la prise de possession du gibier tombé dans les pièges disposés pour les recevoir. Nous en devenons possesseurs avant même de savoir le moment exact de sa capture ; et cela parce que nous avons intentionnellement disposé le piège dans ce but, que d'avance nous avons eu cette capture en vue et par suite avons affirmé dès ce moment même notre intention de devenir propriétaire du gibier qui serait pris au piège ; l'objet sur lequel porte notre possession se trouve ainsi suffisamment déterminé pour notre

1. Glos. Liv. 3, p. 383-384.
2. Gaius, II, § 95. L. 41, *de usurp. et* L. 1, Cod. 7, 32.

Digitized by Google

esprit dès qu'il y a eu capture. Dans notre hypothèse, le mandataire n'est-il pas également comme notre instrument, celui dont nous empruntons le ministère (1), et que nous avons désigné d'avance pour affirmer notre prise de possession sur la chose que nous avons en vue? L'*animus* existe déjà d'une façon virtuelle ; cette volonté indéterminée, le mandataire lui donne une détermination concrète par la prise de possession.

Cette exception eut une portée considérable ; car il en résulta que les personnes investies du pouvoir légal d'administrer la fortune d'autrui purent acquérir la possession à ceux dont les intérêts leur étaient confiés et cela à leur insu. On alla d'ailleurs beaucoup plus loin dans cette application spéciale. Jusqu'ici en effet nous avons vu la nécessité de l'*animus* subsistant chez celui pour qui la possession est acquise. Pour les tuteurs et curateurs, on mit de côté la question d'existence de l'*animus* personnel. D'où cette double conclusion : si c'est le pupille qui appréhende la chose, on n'exige pas de lui l'*auctoritas tutoris*, à moins qu'il ne soit *infans* (2). Si c'est le tuteur qui réalise cette appréhension, l'intervention du pupille est inutile, son *animus* personnel n'est pas exigé et dès lors il importe peu que celui pour lequel le tuteur acquiert soit ou non un *infans*. Il suffira, bien entendu que le pupille ne manifeste pas un *animus* contraire (3). C'est en effet le tuteur qui est chargé de défendre les droits du pupille, de les affirmer ; la protestation nécessaire à l'existence de la possession est donc faite par celui qui a qualité à cet effet. Cette décision s'applique aux administrateurs des cités ; il y avait à cette application spéciale un intérêt pratique considérable, puisque les personnes morales ne peuvent avoir d'*animus* personnel, la solution contraire eût abouti à l'impossibilité de leur acquérir la possession (4).

43. — La seconde dérogation a été admise pour les personnes soumises à la puissance d'autrui et acquérant pour la cause du pécule; cette exception se distingue de la première en ce qu'elle implique la reconnaissance de la représentation pour autrui, sinon dans l'explication qui en a été donnée, du moins dans les résultats auxquels elle arrivait. L'esclave, le fils de famille sont vraiment les représentants du maître et du père ; tout acte qui aurait pour effet de leur faire acquérir un droit quelconque, s'ils étaient libres et *sui juris*, le fait acquérir au *paterfamilias* ; cependant malgré cette substitution de personne on ne pouvait en principe laisser de côté, dans une matière de fait, l'*animus* personnel du maître ; aussi en principe l'esclave ne

1. Cf. Les termes de la loi 1 § 20 (41, 2).
2. L. 1 § 3 (41. 2).
3. Cf. l. § 20 (41, 2).
4. L. 1 § 22, l. 2 (41, 2).

Digitized by Google

peut acquérir la possession à celui-ci que dans les conditions où pourrait le faire un mandataire ordinaire, avec cette seule différence que s'il a l'intention d'acquérir pour lui, cet *animus*, sans valeur et contradictoire avec sa propre qualité, ne fait pas obstacle à ce que le maître devienne possesseur ; mais encore faut-il que celui-ci soit capable d'un *animus* personnel. A cette dernière règle il est fait exception pour les acquisitions faites en vue du pécule ; et c'est là que se présente notre seconde dérogation. Le mandataire, l'esclave pour les choses non comprises dans son pécule, peuvent bien nous acquérir la possession à notre insu, mais à la condition que nous soyons susceptible d'avoir l'*animus* personnel. S'il s'agit du pécule, l'esclave ou le fils nous acquièrent la possession même en dehors de cette condition, par exemple, l'esclave lorsque son maître n'est encore qu'un *infans*, ou bien, et cela peut, également s'appliquer au fils, lorsqu'il est *furiosus* ou captif. La vérité est que nous empruntons réellement l'*animus* des personnes soumises à notre puissance ; et en même temps, lorsqu'il s'agit du pécule que nous leur avons confié avec la charge de l'administrer, elles ne peuvent manifester valablement l'intention d'acquérir pour un autre que pour nous. Cette seconde dérogation consiste donc en ce que les acquisitions faites *ex causa peculiari* se réalisent toujours en la personne du maître, celui-ci fût-il incapable d'avoir un *animus* personnel, et l'esclave ou le fils eussent-ils témoigné d'un *animus* contraire. Ces différentes solutions résultent des lois citées ci-dessous et le motif en est donné par Papinien dans la loi 44 § 1 (41, 2) (1). Lorsqu'il ne s'agit plus de la cause du pécule, l'esclave ne peut plus acquérir la possession à son maître s'il proteste de son intention d'agir pour un autre. C'est ainsi qu'un esclave étranger ne peut m'acquérir *nomine peculii*, relativement au pécule qui lui a été constitué par son maître ; mais en dehors de cela, c'est à moi et non à son maître, que la possession appartiendra, s'il l'a reçue en mon propre nom (2).

Section II

Perte de la possession.

44. — La possession est l'exercice apparent du droit de propriété, accompagné de la prétention à ce droit lui-même, manifestée par un fait

1. L. 1 § 5 § 22 (41, 2), L. 3 § 12, L. 44 § 1 (41, 2), L. 44 § 7 (41, 3) cf. Accarias t. 1, n° 215 p. 510, 3e édit. : Dans tous les cas d'ailleurs la possession n'est pas acquise au maître, lorsqu'elle a une cause injuste, comme la violence ; parce qu'il n'est pas supposé avoir eu l'intention de devenir propriétaire par ce moyen. — L. 24 (41-2) Cf. Molitor, *loc. cit.* p. 14.

2. Cf. L. 34 § 2 (41, 2).

Digitized by Google

extérieur. Elle sera donc perdue quand cet ensemble sera rompu, ou n'existera plus. Cette affirmation personnelle de la propriété est l'*animus*. Son existence, avons-nous dit, doit se révéler par un fait saillant, la prise de possession. Mais, une fois qu'il a été manifesté dans le passé, il est supposé subsister dans l'avenir. C'est la contre-partie de la règle que nous avons trouvée dans les textes que la manifestation d'un *animus* contraire à la prétention d'être propriétaire, se maintient dans ses conséquences et est censée subsister tant qu'elle n'est pas détruite par une manifestation contraire et légitime. Il suit de là que l'*animus* est censé subsister tant qu'un fait antérieur, qui lui soit contradictoire, ne vient pas révéler sa disparition ; il en résulte aussi que le fait originaire, qui en a été l'expression première, ne doit pas nécessairement continuer ni se renouveler dans l'avenir. C'est ainsi qu'une fois accomplies les conditions que nous avons exigées pour la prise de possession, il n'est pas nécessaire qu'elles soient de nouveau réalisées ; ainsi les clefs ont été remises devant le grenier, si vous exigez cette formalité, il n'est plus nécessaire que le possesseur revienne à nouveau visiter ses marchandises et affirmer une seconde fois, par une remise semblable, sa prétention à la propriété ; son absence peut se prolonger, ses rapports apparents avec la chose enfermée dans les magasins d'autrui, disparaître par suite de son inaction constante, il n'en reste pas moins possesseur (1). L'*animus* est supposé subsister, telle est la règle ; mais le contraire peut ressortir d'un fait extérieur qui en révèle l'abdication ; c'est ce qui arrive, par exemple, au cas de *derelictio*. En dehors de la question d'*animus*, que nous supposons tranchée dans le sens de la permanence de ce dernier, la seule condition nécessaire au maintien de la possession est l'exercice normal de la propriété. Il faut que le possesseur se manifeste, apparaisse, comme le propriétaire ; les faits susceptibles de constituer cet exercice forment ici encore l'élément matériel, le *corpus* nécessaire au maintien de la possession. Si cet ensemble de faits disparaît, le *corpus* n'existe plus et la possession est perdue. C'est sur lui seul que doivent porter nos recherches. Il résulte des explications qui précèdent, que le *corpus*, suffisant au maintien de la possession, ne doit pas être confondu avec celui nécessaire à l'acquisition de cette dernière ; celui-ci se complique, en effet, nous l'avons vu, d'une manifestation extérieure de l'*animus* ; il est chargé de le revéler par une sorte de main mise qui annonce le propriétaire ; aussi prend-il un nom particulier, c'est l'appréhension, ce n'est pas seulement l'exercice ordinaire du droit de propriété, c'est un fait qui révèle en même temps une intention ; nous l'avons étudié dans la section précédente. Au contraire, la possession une

1. Tel est le principe ; nous faisons nos réserves pour le cas de négligence de la part du nouveau possesseur.

Digitized by Google

fois acquise, la manifestation de l'*animus* n'étant plus nécessaire, l'élément matériel change, il devient plus simple et se restreint désormais à l'exercice pur et simple du droit de propriété. Il faut que le possesseur se conduise en propriétaire, telle est la seule formule. Agit-il ainsi, il reste possesseur ; cesse-t-il de se conduire de cette façon, la possession lui échappe, qu'il soit prouvé ou non qu'il eût conservé l'*animus* personnel. La seule question que nous ayons à examiner ainsi, est donc de voir en quoi consistera cet exercice normal de la propriété nécessaire au maintien de la possession sur les choses mobilières. Nous aurons à l'étudier relativement aux choses abandonnées par le détenteur ou soustraites à son pouvoir par suite d'une impossibilité matérielle, par rapport à celles qui étaient détenues par autrui, à celles, enfin, dont un autre s'est emparé à notre insu ou contre notre volonté.

45. — 1° *Choses abandonnées par le détenteur ou soustraites à son pouvoir par suite d'une impossibilité matérielle.* — Quand cet abandon ou cette impossibilité auront-ils pour but de faire perdre la possession ? Lorsqu'ils interrompront l'exercice apparent du droit de propriété ; d'où la question de savoir en quoi ce dernier peut consister ; il faut donc chercher un *criterium*. Savigny (1) a dit à ce sujet : la possession dure tant que subsiste la possibilité de reproduire l'état originaire. Ainsi, le possesseur peut-il accomplir à nouveau, sans obstacle, le fait de la prise de possession ? Il continue à être possesseur (2). Cette formule est à la fois trop étroite et trop large. Trop étroite, car Savigny est obligé d'admettre, au principe qu'il a posé, un grand nombre d'exceptions absolument injustifiées, et dont voici la principale. Les textes l'obligent (3) à admettre que la possession n'est pas perdue quand notre fonds a été occupé par une personne qui soit à même de nous empêcher violemment d'y rentrer. Maynz répond, il est vrai, que l'on ne peut savoir dès l'abord si le nouveau possesseur est vraiment dans l'intention de disputer la possession à l'ancien ; il faut attendre que l'évènement vienne démontrer la portée de l'efficacité de cette prise de possession. S'il en était ainsi, il faudrait dire que, si dès le début le nouveau possesseur ne laisse aucun doute sur ses intentions et qu'il n'y en ait aucun sur l'issue des efforts que pourrait tenter le dépossédé, la possession devrait être perdue sans plus attendre, or, il n'en est rien (4).

Maynz (5) cherche un appui dans la loi 20 au même titre, dans laquelle

1. *Loc. cit*, § 51.
2. Cf. Maynz. *Cours de droit romain*, t. I. § 172.
3. Cf. L. 25, § 2 (41-2).
4. L. 25, § 2 (41-2).
5. *Loc. cit.* § 172, not. 10.

Digitized by Google

il s'agit d'un commodataire refusant de rendre la chose prêtée ; alors, dit cette loi, la possession n'est pas perdue par le fait même ; car ce refus peut fort bien procéder d'une tout autre cause que de l'intention d'intervertir la possession ; il s'agit peut-être uniquement d'un *jus retentionis* auquel le commodataire prétendrait avoir droit en raison des dépenses qu'il aurait faites pour la conservation de la chose. De plus il ne se trouvera caractérisé que lorsque sa résistance sera plus nettement formulée ; il en est de même du tiers qui s'est mis en possession de votre bien en votre absence ; c'est à votre retour seulement que ses intentions se trouveront précisées. Qui ne voit que l'analogie est loin d'être exacte ? Le commodataire détenait la chose en vertu d'une concession du propriétaire lui-même ; il peut donc arriver qu'il y ait doute sur l'obligation de la restituer au moment même où elle lui est demandée ; de plus sa prétention peut avoir pour base une simple interversion d'*animus* dans les circonstances où la loi ne peut l'admettre de la part d'un detenteur pour autrui ; on comprend donc que son refus, sa prétention de retenir la possession ne puisse équivaloir à l'occupation violemment ou clandestinement réalisée par un nouveau possesseur ; et qu'il y ait lieu, avant de prononcer la perte de possession, d'examiner les raisons qu'il invoque. Il n'est rien de semblable pour le nouveau possesseur violent ou clandestin ; son occupation est-elle de nature à m'enlever la jouissance de ma chose ? Cela devrait suffire, d'après Savigny et Maynz, à m'en faire perdre la possession. Savigny admet également qu'un obstacle passager n'enlève pas la possession (1) ; c'est ce qui arriverait au cas d'inondation, ou lorsque le pont qui conduit à mon fonds a été rompu. Or cette restriction apportée à la théorie de Savigny suscite deux réponses ; d'abord elle semble contraire aux textes (2) ; et ensuite, à la supposer vraie, elle n'explique pas comment d'après la formule admise on ne doive pas tenir compte d'une impossibilité, qui pour être transitoire, n'en est pas moins réelle. Enfin Savigny doit admettre avec la loi 3, § 13 que l'on ne perd pas la possession d'une chose cachée dans sa propre maison par cela seul que l'on ne peut la retrouver immédiatement ; ni celle d'un objet laissé dans un lieu quelconque dès qu'on s'en aperçoit à temps pour être sûr de le retrouver à volonté ; cependant dans tous ces cas la possibilité d'agir immédiatement sur la chose n'existe plus, elle est remplacée par la certitude de la recouvrer à un moment donné. Nous avons ajouté que la théorie de Savigny nous paraissait trop large sous un autre rapport ; c'est qu'en effet elle conduirait à la théorie de ce qu'on a appelé la *vis inertiæ*, en ce sens que toujours et sans exception, du

1. Traduct. de Faivre d'Audelange p. 374, not. 3.
2. Cf. L. 30, § 3, L. 3, § 17, (41-2).
3. Cf. L. 44, pr. (41-2).

Digitized by Google

moment qu'une prise de possession valable a été accomplie, tant que subsiste la faculté de reproduire à volonté l'état originaire, la possession continue, malgré l'inaction complète du possesseur et sans qu'aucun acte extérieur vienne manifester le rapport actuel qui l'unit à la chose ; ici encore nous aurons à nous demander si cette solution n'est pas trop absolue. Ces difficultés d'application proviennent d'une conception inexacte.

46. — Il nous reste à tirer la conséquence de la conception différente que nous avons admise d'après Ihering. L'exercice de la propriété ne consiste pas forcément ni dans la détention constante ni même toujours dans la possibilité d'exercer sur les choses une action immédiate. Rien n'est plus variable au contraire que cet exercice normal du droit de propriété dans le domaine des faits et dans la pratique ; il dépend de la nature même des choses auxquelles il s'applique. C'est ainsi que pour les immeubles, le propriétaire n'a pas l'habitude d'être constamment en relation matérielle avec eux ; il ne s'établit pas à demeure sur son champ, il l'abandonne à peu près complètement pendant les saisons mortes ; il ne le fait pas travailler en dehors des époques normales. S'il s'agit d'une maison qui lui serve de séjour d'été il lui arrive de la délaisser plus longtemps qu'il ne fait pour une terre labourable exigeant à certaines périodes fixes que ses esclaves la cultivent. Le paysan des Marennes ne faisait-il pas déjà sous les empereurs ce à quoi l'oblige aujourd'hui une insalubrité persistante et périodique, n'abandonnait-il pas déjà pendant l'été une région devenue malsaine pour se retirer vers les montagnes ? Est-ce une raison pour que ces absences momentanées, ce défaut d'exercice du droit de propriété soient un obstacle à ce que le propriétaire soit suffisamment manifesté ? Cela ne peut être, puisque tous dans les mêmes circonstances en font autant. Le possesseur de pâturages d'hiver qui se retire l'été venu ne fait en agissant ainsi que se conformer à l'usage de tous les propriétaires, il agit en propriétaire. Aussi fut-il admis que son absence ne lui enlevait pas la possession. Si les textes s'expliquent sur ce cas particulier, c'est qu'ils devaient admettre pour cette hypothèse une solution autrement exorbitante du droit commun, et s'ils insistent ce n'est pas en tant que la possession persévère malgré l'absence du possesseur, mais bien en ce qu'elle lui est conservée malgré l'occupation intruse d'un nouveau possesseur. Nous laissons en ce moment ce dernier point de côté, mais pour ce qui est du premier, nous croyons qu'il n'y avait là qu'une règle générale applicable, suivant la situation, la culture et l'appropriation de chacun, à tous les immeubles en général, et dont les textes, à propos des *saltus æstivi aut hiverni*, ne font qu'une application particulière fort légitime (1). Ces quelques notions

1. L. 3, § 7, § 11 L. 46, (41-2), cf. L. 1, § 46, (43-16).

Digitized by Google

générales données au début, nous allons en faire l'application aux choses mobilières en supposant successivement qu'elles ont été abandonnées par le possesseur ou laissées dans un lieu dont il ait connaissance, puis perdues sans qu'il ait conscience du lieu exact où il puisse les retrouver et enfin soustraites à son pouvoir par suite d'un fait extérieur matériel.

47. — Il est certain que le propriétaire use d'ordinaire des choses mobilières en les conservant sous sa main, dans sa maison, et ne les laisse pas à la portée du premier passant qui veuille les saisir. Donc en principe, les meubles abandonnés sur un terrain découvert, ce dernier fût-il même un fonds de terre appartenant au possesseur, se trouvent dans une situation manifestement contradictoire avec l'exercice ordinaire de la propriété. A ce principe, la loi 3, § 13 apporte toute une série d'exceptions, basées sur la théorie de la *custodia* ; et Nerva semble bien entendre par là toute disposition prise en vue de la conservation de la chose, de telle sorte que, bien qu'en ayant abandonné momentanément la détention physique, nous puissions toujours la reprendre à volonté. Cela s'applique évidemment à toutes les choses que le propriétaire garde dans sa maison, qu'il s'en serve ou non, qu'il sache ou non où les trouver exactement. Ainsi définie la *custodia* implique l'idée d'un aménagement qui donne au propriétaire une certaine sécurité contre la perte ou le vol. Or, il est certains cas où cette sécurité n'existe pas et où l'on doit cependant, d'après la théorie que nous croyons avoir été celle des Romains, admettre que la possession n'est pas encore perdue. C'est ainsi, dit Ihering (1), que le chasseur laisse sans surveillance dans la forêt ses pièges et ses lacets ; le bûcheron, le bois qu'il a coupé ; le tailleur de pierres laisse ses blocs dans la carrière. La possession sera-t-elle perdue sur ces objets momentanément abandonnés? Non certes, si l'on se reporte aux usages habituels du propriétaire, et cependant la *custodia* ne suffit pas à expliquer le maintien de la possession ; supposons en effet que par mégarde le propriétaire de la carrière ait laissé à découvert sur un des blocs de pierre un objet précieux, un bijou par exemple ; à coup sûr s'il ne revient promptement le chercher, la possession en sera perdue ; car il n'est pas dans l'usage du propriétaire d'objets semblables de les abandonner ainsi à ciel ouvert. Un Allemand avait étendu aux hypothèses de ce genre l'idée de la *custodia* en la dénaturant un peu ; cela fut devenu une sorte de *custodia* objective, consistant dans le lien intellectuel qui rattache la chose ainsi abandonnée à son propriétaire ; cette notion nouvelle est assurément inutile, elle ne correspond pas aux idées romaines ; et nous trouvons beaucoup plus simple et plus logique de dire : l'abandon temporaire d'un objet mobilier ne suffit pas à en

1. *Loc. cit.*, p. 169.

Digitized by Google

faire perdre la possession, s'il s'agit d'une chose que l'on est d'usage de laisser ainsi sans surveillance (1). Ainsi pour reprendre l'exemple cité plus haut, la possession continue relativement aux pierres laissées dans la carrière et non en principe relativement au bijou laissé auprès d'elles ; car le propriétaire d'une carrière a coutume d'y laisser à découvert les pierres qu'il en extrait et non ses objets précieux. Il suffit donc que l'abandon de la chose ne soit pas en contradiction avec l'exercice du droit de propriété relativement à cette chose.

48. — Dans cette notion Ihering fait entrer la diligence du propriétaire relativement à la chose délaissée. Cela voudrait dire que l'existence du propriétaire se révèle non-seulement d'après la nature même des objets abandonnés, mais aussi d'après le soin qu'il prend, soit à les recouvrer, soit à empêcher leur disparition. Nous croyons que cette idée est exacte, et qu'il faille également en cette matière tenir compte des circonstances. Appliquons cette idée au bijou laissé dans la carrière ; quelqu'un le trouve et le prend, s'empare-t-il d'une chose dont personne n'a actuellement la possession ? Oui, avons-nous dit en principe. Car un bijou qui se trouve abandonné ne révèle assurément pas son propriétaire. Mais s'il s'y joint cette circonstance que celui qui le possédait revenait immédiatement dans la carrière reprendre le bijou délaissé, est-ce que ce fait n'indique pas le propriétaire d'une façon suffisante ? Si au contraire il est certain que cet objet était abandonné depuis longtemps, qu'un mois après il soit appréhendé et qu'au même instant on apprenne que le dernier possesseur commence ses recherches ; dira-t-on que par le fait même celui-ci aura conservé la possession ? Nullement ; car un bijou perdu que personne ne recherche immédiatement n'indique pas qu'il ait un propriétaire actuel. L'exercice du droit de propriété se réalise d'ordinaire par le soin que l'on apporte à recouvrer les objets précieux que l'on a délaissés.

49. — D'où il suit que la grande distinction signalée d'ordinaire entre les immeubles et les meubles abandonnés existe en fait principalement et n'est pas une différence de droit. Cujas la signale surtout à l'occasion de la loi 3, § 13 (2). La possession sur les immeubles se conserve toujours *animo solo* et ne se perd jamais par la seule absence du propriétaire ; celle des meubles disparaît dès qu'ils se trouvent abandonnés. A l'appui de cette distinction que l'on pose comme absolue on indique la théorie relative aux *saltus æstivi aut hiverni* et étendue par les jurisconsultes à tous les immeubles. Or nous croyons, d'après les solutions que nous venons d'admettre en matière mobilière, que la perte de la possession sur les meubles était au

1. *Cf.* Baron Jahrb, VII, 41, 2- Contra *Enner. Die Lehre vom Rechtserwerb durch tradition nach osterreichischen und gemeinem Recht.* Vienne, 1867, p. 109 et s.

2. Cujas, t. 8, p. 262.

Digitized by Google

contraire réglée par des principes absolument analogues, sauf la question réservée de la prise de possession en l'absence du propriétaire. La possession se maintient sur les immeubles abandonnés parce qu'il est d'usage de les délaisser à certaines époques ; elle peut aussi se maintenir sur les objets mobiliers quand il est d'usage pour le propriétaire de les laisser sans surveillance. En droit, la théorie est la même ; en fait et par suite de la nature même des choses, cet usage étant bien rare pour les meubles, on a pu dire, en se référant à la généralité des cas, que la possession de ceux-ci se trouve perdue dès qu'ils ne sont plus à la disposition immédiate du propriétaire.

50. — Jusque là nous avons supposé que le possesseur a connaissance du lieu où se trouve la chose délaissée ; supposons maintenant qu'il s'agisse d'une chose perdue, de telle façon qu'il ne sache où la retrouver. Cujas et Savigny font une distinction suivant que la chose que je ne puis retrouver faute de savoir exactement où elle est, a été cachée par moi soit dans ma propre maison soit dans un terrain que je connais, ou bien si elle a été perdue partout ailleurs. Dans les premiers cas la théorie de la *custodia* suffit encore à m'en conserver la possession ; car la chose se trouve avoir été placée dans cet état uniquement en vue de sa conservation ; elle reste sous ma garde bien qu'un défaut de mémoire m'empêche de mettre la main sur elle immédiatement ; mais en cherchant bien je suis sûr de la retrouver. Ces solutions et ces motifs sont tous tirés des textes (1). Dans le second cas la possession est assurément perdue ; mais Cujas et Savigny en donnent une raison différente. Pour le premier c'est l'*animus* qui n'existe plus ; pour le second, il y a seulement perte du *corpus*, en ce sens qu'il y a impossibilité de reproduire à volonté l'état originaire (2). Pour ce qui est de l'*animus* nous croyons en effet qu'il peut exister indépendamment de la connaissance exacte de la situation de la chose ; il suffit que l'on ait de son individualité une idée certaine et parfaitement déterminée. Cependant l'explication de Savigny se trouve quelque peu insuffisante à expliquer la perte de la possession au point de vue de la théorie que nous avons admise ; puisque nous ne faisons pas consister toujours et absolument le *corpus* dans la détention matérielle. Aussi serait-on en droit de demander si nous admettrions, au cas de recherches immédiates, que la possession serait maintenue comme nous avons pensé que cela devait être lorsque le possesseur a connaissance du lieu où l'objet a été abandonné. Or nous devons dire que, sans distinction de fait ni de circonstances, la possession sera perdue, parce que vu l'incertitude des recherches par rapport au lieu où se trouve la chose, il n'y a plus

1. L. 3, § 13, (41, 2) L. 44 pr. (42, 2).
2. L. 2, § 12, (41, 2) L. 25 pr. (41, 2).

Digitized by Google

entre ces recherches et l'objet lui-même relation suffisante pour indiquer le propriétaire (1).

61. — Le troisième cas que nous devons prevoir est celui où la chose a été soustraite à notre pouvoir par suite d'un fait accidentel. La loi 13 pr. nous fournit un exemple en matière de choses mobilières. Pomponius suppose que des pierres précieuses sont tombées dans le Tibre et qu'après un certain délai des recherches ont été faites et les pierres retirées de l'eau; la propriété n'en a pas été perdue pour celui à qui elles appartenaient; mais le jurisconsulte reconnaît que dans l'espèce la possession n'a pu être maintenue pendant l'intervalle. D'après Savigny la perte de la possession a dû être immédiate et la solution donnée par le jurisconsulte est générale et absolue; c'est que du moment de leur disparition dans le Tibre, il y a eu obstacle de fait immédiat à ce que l'on pût rétablir l'état antérieur, c'est-à-dire la possibilité de disposition qui existait pour le propriétaire. Cependant la loi suppose que les pierres ont été non pas retrouvées comme des epaves fluviales, mais extraites, retirées à la suite de recherches et par des moyens artificiels, l'obstacle n'etait donc pas insurmontable. Ce qu'il faut remarquer en effet, c'est que la loi suppose que les recherches n'ont pas été immédiates, *post tempus extracti* (2). Dès lors dans cette espèce comme dans celles du même genre que nous avons rencontrées, on n'a pas vu surgir le propriétaire quand la chose qui l'intéresse, ou lui appartient, se trouvait menacée. Cette distinction semble bien être egalement la pensée de Cujas qui indique comme raison de la perte de la possession ce fait que les pierres n'ont pas été recherchées par les *urinatores* dès l'instant même. La théorie reste la même et l'application qui en est faite dans ce cas correspond à celle que nous avons admise au sujet des choses mobilières abandonnées par le possesseur; si ces recherches ont été promptes, comme il sait l'endroit où il les a laissées, et que par suite il ne peut y avoir d'indétermination entre elles et l'objet qu'elles poursuivent, on doit reconnaître à son profit le maintien de la possession, parce que le propriétaire n'a pas cessé un seul instant de se révéler relativement à la chose délaissée; il en est de même pour celles momentanément soustraites à sa disposition par suite d'un fait accidentel; le possesseur, on le suppose, n'a pas perdu de vue, intellectuellement du moins, la chose qui lui appartient, il sait d'une façon précise où elle doit être, si donc ses efforts pour en recouvrer la possession matérielle apparaissent à temps, il n'aura pas cessé d'exercer à son égard le rôle du propriétaire et la possession lui aura éte maintenue.

1. L. 35 pr. 41, 2.
2. Cf: Ihering, p. 199. Cujas, T. 8, sur la loi 13.

Digitized by Google

Elle ne serait perdue qu'au cas de négligence et de recherches tardives comme nous l'avons vu pour la loi 13 pr. ; le texte établit en finissant une opposition entre la décision qu'il donne et celle qui devrait être admise, si au lieu d'objets inanimés, il s'agissait d'esclaves momentanément soustraits à notre pouvoir. La possession nous en serait maintenue sans qu'il y eut à rechercher, si nous nous sommes mis immédiatement à leur poursuite. Cette disposition se réfère à une idée générale en vertu de laquelle l'esclave a été considéré comme susceptible d'un *animus* personnel, et pouvant par suite de cette circonstance conserver intellectuellement le lien qui le rattache à son maître. Nous avons déjà vu une application de cette idée en matière d'acquisition de la possession ; nous en verrons de nombreuses au sujet de la perte de la possession. Aussi avons-nous cru préférable de réserver l'ensemble de ces solutions pour les grouper à part dans un appendice relatif à l'esclave.

52. — 2° *Perte des choses détenues par autrui.* — Nous savons déjà que la perte de ces choses même mobilières ne peut résulter d'une simple interversion survenue dans l'*animus* du représentant ; il ne suffit pas, en dehors de tout fait juridique qui lui serve de cause, que le détenteur prétende désormais agir en maître pour que l'exercice de la propriété qui lui appartenait déjà à titre de concession, vaille désormais en sa faveur à titre de possession véritable. Ce qui ne veut pas dire que la possession des choses détenues par autrui ne puisse jamais être perdue par changement survenu dans l'*animus* soit du détenteur, soit du véritable possesseur ; le premier peut se prévaloir d'une cause nouvelle d'acquisition qui justifie l'intention émise par lui d'exercer désormais pour son compte les actes de propriété relatifs à la chose détenue ; et au second on peut opposer qu'en dehors de toute modification dans l'état de fait et l'élément matériel, il se trouve avoir abdiqué l'*animus possidendi*, comme cela arriverait par exemple au cas où il aurait vendu la chose à un tiers avec intention de lui en transmettre la possession immédiate. Dans tous ces cas il y a application rigoureuse des principes que nous connaissons. La difficulté se présente uniquement au sujet de l'élément matériel qui unit le possesseur à la chose possédée par l'intermédiaire du détenteur ; il emprunte on peut le dire, le *corpus* de celui-ci ; or faut-il dire que toutes les fois que le détenteur ou le representant aura détruit ce rapport de fait, la possession se trouvera perdue pour celui au nom duquel il détient ? La question pour être utilement examinée doit l'être successivement dans les quatre hypothèses suivantes : celle où le rapport de fait se trouve détruit au profit du représentant lui-même : c'est-à-dire où il prétend désormais s'approprier la chose et refuse de la rendre au possesseur qui la lui avait confiée ; celle où le rap-

Digitized by Google

port de fait se trouve détruit par un évènement naturel auquel la volonté du représentant n'a eu aucune part, comme sa mort ou sa démence ; celle où le rapport de fait cesse par la pure volonté du détenteur comme au cas où il déserte ou abandonne l'objet ; et enfin le cas où à cette dernière hypothèse se joint la circonstance que le rapport de fait a été interverti par le représentant au profit d'un nouveau possesseur, comme cela arrive au cas où il a vendu et livré la chose à autrui. Reprenons successivement ces quatre espèces.

53. — 1° La théorie qui, à notre avis, doit dominer toute cette matière, et nous servir à résoudre les quatre hypothèses énoncées, se trouve énumérée dans la loi 47 (41, 2) que nous résumons dans les propositions suivantes : lorsque le commodataire affiche la prétention de garder sans la rendre la chose à lui prêtée, le prêteur en perd immédiatement la possession même à son insu. La raison est que si l'on abandonne ou néglige la garde des choses mobilières, on ne peut plus prétendre en conserver la possession. La loi indique par une simple allusion qu'il y a à ce sujet une différence avec les règles admises en matière immobilière, puisque la possession des immeubles en général ne peut être perdue à l'insu du possesseur ; et que si le représentant qui les détient les déserte ou les abandonne, la possession subsiste au profit du représenté jusqu'à ce qu'ils soient occupés par un nouveau possesseur. Enfin la loi termine en signalant à propos de l'esclave une exception à la règle établie en matière de choses mobilières, et indique que celui-ci se trouve sur ce point assimilé aux immeubles. La suite de nos développements consistera à peu près exclusivement à faire l'application de ces principes aux espèces indiquées.

54. — Il importe, pour ce qui est de la première hypothèse, de voir en quoi elle peut se concilier avec la règle fondamentale que le représentant ne peut valablement sans cause juridique nouvelle prétendre posséder pour son compte : *Nemo potest*, etc. Le commodataire, le dépositaire refusent de rendre la chose qui leur est confiée, ou simplement, comme dit la loi 47, affichent la prétention de la garder pour leur propre compte ; n'y a-t-il pas un changement d'*animus* que la loi ne doit point reconnaître ? La distinction consiste en ce que nous supposons non pas seulement une modification survenue dans l'intention du représentant sans qu'il y soit correspondu par un état de fait nouveau, mais bien un changement dans cet état de fait lui-même ; en ce sens que le dépositaire par exemple qui s'était obligé à garder l'objet sans en user, s'en sert désormais comme s'il en était propriétaire et déclare vouloir continuer à s'en servir de la sorte. De même le commodataire en dispose pour d'autres usages que ceux pour lesquel il lui avait été prêté ; ou bien tous deux sur la demande du propriétaire s'opposent à la restitution ; dans tous

Digitized by Google

ces cas il n'y a pas seulement interversion de l'*animus* pur et simple, mais du *corpus* lui-même ; absolument comme si ce fût un tiers qui se fût emparé de l'objet ; au lieu d'un étranger, c'est le représentant lui-même qui se trouve avoir réalisé cette spoliation, et évincé le propriétaire de la jouissance de son bien. Dès que ce fait se réalise le possesseur a-t-il immédiatement perdu la possession ? La loi 47 semble répondre oui d'une façon absolue ; la loi 20 précédemment analysée semble dire qu'il faut attendre que le prêteur ait précisé sa demande, afin d'obliger le commodataire à affirmer les motifs de son refus et à se poser très directement comme possesseur nouveau à l'encontre de l'ancien ; enfin la loi 3 § 18 indique d'une façon très nette qu'il n'y aura acquisition au profit du représentant et même perte de la possession du prêteur que si la résistance du premier constitue un vol véritable au sens romain, c'est-à-dire non pas seulement une simple prétention sans effet réel mais la réalisation d'un acte de maître accompli avec toutes les conditions exigées pour qu'il y ait *furtum*. Pour nous, l'explication de ces divergences consiste uniquement en ce que nous touchons à une matière de fait comportant une très grande latitude d'appréciation, et le grand principe de décision se trouve indiqué par le motif de la loi 47. En matière de meubles la possession est perdue, dès que la surveillance du propriétaire fait défaut et que par suite le rapport de fait qui doit, au point de vue des apparences, de l'extériorité comme dit Ihering, rattacher celui-ci à la chose possédée, se trouve peu à peu disparaître. Il suit de là que la possession, en matière mobilière, peut subsister lors même qu'on a perdu la disposition de la chose, lorsque la diligence du propriétaire peut suffire encore à maintenir le lien qui le rattache à cette dernière, comme nous l'avons vu dans la section précédente ; et d'un autre côté que dans les cas où par exception la possession peut être considérée comme maintenue malgré l'absence, l'éloignement, l'abandon du propriétaire, ce maintien se trouve encore subordonné à cette condition que cet abandon en soit entaché d'aucune négligence de sa part. Ceci admis, il faut dire que le fait d'avoir confié une chose mobilière à autrui ne dispense pas le propriétaire de surveiller l'usage qui en est fait. Si donc le commodataire détourne la chose prêtée de l'usage pour lequel elle lui avait été confiée et que le prêtenr ne proteste pas, il se trouve que, dans le domaine des faits, personne autre que ce commodataire ne se trouve indiqué comme propriétaire de la chose. Sans qu'il y ait à se préoccuper de savoir s'il a ou non acquis lui-même la possession, il faut dire que l'ancien possesseur l'a perdue ; le rapport de fait qui l'indiquait comme propriétaire se trouve détruit. C'est l'hypothèse de la loi 47. Mais si le motif donné par la loi ne se retrouve plus, si le prêteur n'a pas négligé de veiller à la conservation de sa chose, s'il a protesté immédiatement contre le détournement,

Digitized by Google

l'abus de confiance dont il était victime et mis le commodataire en demeure de s'expliquer sur ses agissements et de lui rendre la chose, comme l'indique la loi 20, alors il n'a pas abandonné son rôle de propriétaire, et pour que sa possession soit perdue, il faut qu'il se trouve en presence d'un acte de dépossession réel, en face d'un voleur en un mot. C'est en se plaçant dans cette hypothèse qui est la plus ordinaire, qu'Ulpien décide dans la loi 3, § 18 que la possession des choses mobilières detenues par un représentant ne peut être perdue au profit de ce dernier que s'il y a eu de la part de celui-ci un *furtum* caractérisé Cette décision dans sa généralité a le grand avantage de supprimer toute indécision, de supposer ainsi des situations nettement précisées et de ne dépouiller le précédent possesseur des avantages de la possession qu'au moment même où le délit du nouveau possesseur fait naître au profit du dépossédé une action nouvelle *ex delicto* (1), l'action *furti*.

55. — 2° Nous passons au cas où la détention du représentant cesse sans qu'il y ait interversion de possession à son profit. Le premier de ces cas est celui où cette modification survient par suite d'un evènement indépendant de la volonté du représentant, la mort de celui-ci par exemple. Désormais la chose n'est plus à la disposition du possesseur puisque le lien qui l'unissait à elle et au moyen duquel il maintenait sa détention se trouve avoir disparu. Faut-il dire qu'il a immédiatement perdu la possession? Cependant la loi 40 § 1 fait dépendre cette solution de l'empressement qu'il aura mis à se préoccuper de la situation nouvelle ; le propriétaire est-il apparu immédiatement ; la possession n'aura pas cessé de lui être conservée ; est-il au contraire négligé de pourvoir aux nécessités de la situation? A-t-il par son inaction laissé croire que la chose, désormais comprise dans l'hérédité du représentant, appartenait réellement à ce dernier? La possession lui est enlevée. C'est encore l'application pure et simple du motif donné à loi 47 : *Rerum mobilium neglecta atque omissa custodia veteris possessionis damnum adferre consuevit.* A la perte de la détention ne correspond pas une perte immédiate de la possession ; celle-ci n'est consommée qu'au cas de négligence du possesseur ayant pour effet de faire disparaître le rôle et l'action du propriétaire (2). En matière immobilière ce cas avait été assimilé à celui de la désertion pure et simple du détenteur, au sujet du bénefice admis quant au maintien de la possession ; nous aurons à nous demander à propos de cette troisième hypothèse si ce bénéfice devrait être admis également en matière de meubles, et la solution que nous donnerons pour le cas de désertion devra être commune à celui de mort ou démence du représentant.

1. V dans Savigny la conciliation entre les lois 3 § 18 et loi 4 7à la page 407, not. 1, Sar. § II. Cf. Sav. § 40, p. 493.
2. Cf. Ihering, § 13, p. 195.

Digitized by Google

56. — 3° Le représentant, esclave, fermier, dépositaire, commodataire, peu importe, abandonne purement et simplement l'immeuble ou la chose possédée ; dans ce cas comme dans le précédent le *corpus* nécessaire à la possession du maître de la chose se trouve manquer de l'intermédiaire au moyen duquel il se réalisait, il a disparu : La possession est-elle immédiatement perdue? Quoique l'hypothèse soit presque identique à la précédente et que nous pensions qu'il faille admettre la même solution, nous avons dû cependant la séparer de la première parce que la loi 40 qui les réunit toutes deux a donné lieu à une difficulté de lecture qui, suivant la leçon admise, indiquerait une assimilation complète ou signalerait l'existence d'une controverse au sujet de la seconde hypothèse qui nous occupe. Quoi qu'il en soit de cette circonstance sur laquelle nous reviendrons, on admet universellement en matière immobilière que la désertion du représentant, comme sa mort, ne ferait pas cesser la possession du maître de l'immeuble, tant qu'un tiers ne se serait pas emparé du fonds abandonné. Cette décision à laquelle il est fait allusion dans la loi 47, loi fondamentale en cette matière, a été étendue aux esclaves et non en principe aux autres objets mobiliers. La loi 47 nous donne la raison de cette distinction. C'est que l'esclave a beau être délaissé par celui qui le possède au nom de son maître il continue encore à se rattacher à celui-ci par l'intention manifeste de lui revenir. L'esclave est une *persona*, on a beau l'abandonner, s'il conserve l'esprit de retour, il maintient ainsi le rapport de fait qui le relie à son maître et continue à affirmer le droit exclusif de celui-ci. Le lien moral qui l'attache au maître, dit M. Accarias, ne saurait avoir moins de puissance que la fixité de situation d'un immeuble (1). On comprend du reste que la surveillance du propriétaire puisse se relâcher à leur égard. C'est un meuble dont on se sépare, qui peut être employé à des missions lointaines sans que pour cela les liens de la possession disparaissent; on tient compte de sa fidélité ; et par suite ce n'est pas rompre avec l'usage habituel du propriétaire que de s'en séparer et ne pas prendre à son égard des mesures de précaution aussi rigoureuses qu'à l'égard de tout autre meuble susceptible d'être enlevé sans qu'aucune résistance soit opposée. Il résulte bien de toutes les lois citées (2) que l'on doive admettre *a contrario* que cette solution ne fut pas appliquée aux autres choses mobilières. Nous croyons en effet qu'il doit en être ainsi de la décision prise dans sa portée absolue, c'est-à-dire en tant qu'elle maintient toujours et à tout évènement la possession de la chose à l'ancien possesseur, tant qu'un tiers ne s'en est pas emparé. Est-ce à dire, comme on semble le prétendre,

1. M. Accarias, t. 1, § 217-1°.
2. L. 25, § 1. L. 40, § 1. L. 3, § 13. L. 47. (41-2).

Digitized by Google

que le meuble abandonné par le représentant serait immédiatement par le fait même soustrait à la possession du maître ? A notre avis il ne saurait en être ainsi ; et il faut pour ce cas comme pour tous les autres revenir au motif de la loi 47 et se reporter à la loi 40 § 1 qui rapproche cette hypothèse du cas où la détention a cessé par la mort du représentant.

Nous décidions en effet, au cas où l'abandon avait eu lieu par le fait du possesseur lui-même, que, sauf pour ces choses que les propriétaires ont continué de laisser sans surveillance, la possession était perdue immédiatement, à moins de recherches immédiates. Quelle raison y a-t-il d'admettre une solution différente pour le cas où l'abandon est le fait du détenteur ? Nous savons que le propriétaire d'une chose mobilière n'est pas dispensé, sauf au sujet de l'esclave, de surveiller l'usage que fait de cet objet celui auquel il a été remis ; si donc il s'aperçoit de l'abandon qui en a été fait, et il devra en avoir connaissance, s'il est diligent, son devoir de propriétaire est d'assurer immédiatement la conservation de sa chose ; s'il prend des mesures à cet égard, sa possession est maintenue ; si au contraire il se dispense d'intervenir, elle est perdue. Il n'y a donc pas perte immédiate, celle-ci est subordonnée au défaut de diligence ; la différence avec la solution admise pour l'esclave, c'est que, pour celui-ci, l'extrême surveillance n'étant plus dans les usages du propriétaire, la possession subsiste même sans que celui-ci intervienne. Subsistera-t-elle indéfiniment ? C'est la théorie généralement admise d'après Savigny. L'occupation par autrui est le seul fait qui puisse la détruire. Ceci encore est la conséquence de l'admission de cette *vis inertiæ* qui aurait pour effet de maintenir la possession au propriétaire en dépit de toutes ses négligences. Nous le croyons trop absolu ; si le possesseur apprenait que l'esclave abandonné court les plus grands risques d'être saisi et accaparé par autrui avant qu'il ait pu revenir chez son maître, et si, pouvant par son intervention écarter ces dangers, il a négligé de le faire, sa possession serait perdue : parce que là encore il n'aurait pas agi en propriétaire, il ne se serait pas révélé comme tel et sa conduite protesterait contre l'*animus* personnel de l'esclave (1). En un mot toutes ces solutions dépendent de la surveillance apportée à la conservation de la chose, et entre l'esclave et les autres choses mobilières, ce n'est qu'une question de plus ou de moins. Nous croyons que ces diverses solutions se trouvent confirmées par la loi 40 au sujet de laquelle nous avons annoncé l'existence d'une controverse. Après avoir parlé du maintien de la possession même après la mort du fermier, sauf négligence du propriétaire, elle suppose le cas de désertion et dit qu'il

1. Cf. Ihering, p. 196.

Digitized by Google

y a lieu de décider *de même, ou autrement,* suivant que l'on doit lire *idem,* ou *aliud.* Si l'on tient pour la seconde version, il faut tout au moins ne l'admettre que comme l'opinion isolée d'une école particulière, puisqu'il est certain, qu'en matière immobilière le maintien de la possession fut universellement admis comme il l'était pour le cas de mort du fermier. La loi signalerait donc uniquement l'existence d'une controverse sur ce dernier point (1). Nous croyons au contraire que cette controverse n'a pas existé ou du moins ne se retrouve pas reproduite au Digeste et qu'il faut lire avec Savigny : *Idem existimandum.* Et la raison en est bien simple (2). C'est que la phrase suivante indique que ce maintien de la possession doit cesser tout au moins par l'occupation d'autrui. Or cette restriction par les termes qui sont employés, la place qu'elle occupe et surtout la forme plurielle sous laquelle elle se présente (3), indique bien qu'elle s'applique également aux deux cas qui précèdent ; c'est donc que, au second cas, celui de désertion, la possession n'était pas immédiatement perdue. Mais alors si nous lisons *idem existimandum,* nous devons assimiler en tous points les deux hypothèses et admettre pour la seconde la même restriction que pour la première, c'est-à-dire faire dépendre le maintien de la possession de la diligence du possesseur. C'est ainsi que se trouvent confirmées les solutions que nous avons admises. Sans doute la loi 40 parlant d'un fermier, *colonus,* semble bien spéciale aux immeubles ; cependant la généralité de ses termes (*eam rem*) l'application si exacte qu'elle fait du principe admis par la loi 47 en matière mobilière (4), légitime la portée absolue que nous lui avons donnée. Quoi qu'il en soit, il est certain sous Justinien que la possession des meubles confiés à un commodataire ou tout autre détenteur, subsiste au profit de l'ancien possesseur malgré la mort ou l'abandon du détenteur. C'est ce qui résulte d'une constitution insérée au Code ; elle subsiste même à l'encontre de la tradition que le détenteur en aurait faite au profit d'autrui. Comme c'est là la dernière hypothèse que nous devions examiner, il est nécessaire que cette étude précède l'examen de la Constitution qui s'y réfère (5).

57. — 4° Si le détenteur, non content d'abandonner la chose qui lui est confiée la livre à autrui, cette tradition fait assurément perdre la possession

1. *Cf.* L. 25, § 1. L. 2, § 8 (41, 2).
2. Savigny, § 33, p. 411 et s. *Contra.* Ihering, p. 196.
3. *Sed hæc ita esse vera...*
4. L. 47 : *Rerum mobilium neglecta custodia possessionis damnum adfert.* L. 40 : *non statim dicendum possessionem interpellari; sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit.*
5. L. 12, Cod. 7.32.

Digitized by Google

à l'ancien possesseur. Il en est de ce cas comme de celui où un tiers s'emparerait de la chose précédemment abandonnée par le représentant. Que l'occupation de ce nouveau possesseur ait été précédée ou non d'un intervalle pendant lequel la chose eût été délaissée, il n'importe : le résultat est le même. Cette hypothèse fournit en matière immobilière la base d'une restriction importante au principe que la possession des immeubles n'est jamais perdue à l'insu du possesseur ; cela est vrai pour ceux qu'il détient lui-même, puisque son absence est sans influence à cet égard et que même l'occupation d'autrui ne lui enlève la possession qu'autant qu'il n'a pas cherché à la repousser ou qu'ayant tenté de le faire il n'a pu réussir.

Mais cette règle se trouvait inexacte pour le cas où l'immeuble était détenu par un représentant, puisque celui-ci l'ayant abondonné, l'occupation d'autrui en faisait perdre la possession à l'ancien possesseur immédiatement et même à son insu. La même règle était admise pour les esclaves, nous avons indiqué en quoi elle nous paraissait un peut trop absolue dans la forme qui lui est donnée. La question qui se pose, et nous n'avons à la résoudre qu'en matière mobilière, est de savoir si, sous Justinien tout au moins, la tradition faite par le représentant à un tiers avait encore pour effet de faire perdre immédiatement et par le fait même la possession à l'ancien possesseur. La difficulté vient des termes vagues de la Constitution à laquelle nous faisions allusion au paragraphe précédent (1). Justinien voulant trancher une controverse encore vivement agitée de son temps, décide que, si le représentant abandonne la chose ou la délaisse de façon à ce qu'elle soit à la portée d'un tiers qui veuille s'en emparer, l'infidélité du détenteur ne pourra nuire au propriétaire. Le second fait prévu n'est-il qu'une répétition du premier, ou fait-il allusion, non-seulement au cas d'abandon pur et simple, mais à celui d'occupation par un tiers précédée ou non d'un abandon momentané ? Le langage assez diffus de la Constitution rendrait la première version fort vraisemblable, mais son but et ses motifs doivent faire opter pour la seconde (2). Il s'en suivait donc qu'en matière immobilière tout au moins la maxime que la possession ne peut être perdue à l'insu du possesseur se trouverait être désormais généralisée ; sa portée serait absolue. Or, si tel est le sens de la Constitution, il faut bien admettre qu'elle s'applique à toutes choses, même mobilières ; c'est même sur ce point qu'elle semble insister davantage (3), et je ne serais pas étonné que la controverse à laquelle l'empereur fait allusion ne roulât sur la perte de la possession en matière mobilière. Si bien que désormais, pour les meubles

1. L. 12, Cod. 7. 32.
2. Voir à l'appui de cette interprétation Savigny, § 32, p. 411-417.
3. *Possessionem cujuscumque rei.*

Digitized by Google

remis aux mains d'un détenteur, la possession n'en serait jamais perdue pour le propriétaire, soit que l'objet eût été abandonné, soit qu'il eût été recueilli par un tiers ou même directement transmis à celui-ci par le détenteur. Cette décision ne nous surprendra pas lorsque nous aurons vu, à la suite de l'interdit *utrubi*, les protections presque violentes dont fut entourée la possession des choses mobilières. Nous verrons que dans aucun cas la prise de possession délictueuse ou violente ne pouvait plus assurer le maintient de la possession du meuble qui en avait été l'objet (Constitution de Valentinien). Qu'est-il étonnant que la transmission dolosive et malhonnête, au moins du chef du représentant, de la chose qui avait été confiée à celui-ci, fût désormais impuissante à transférer une possession valable (1)? Ces décisions témoignent d'un état social troublé, dans lequel les excès de la violence semblent également avoir permis que pour les réprimer on fit violence à tous les principes du droit. Il est certain, en effet, que rien n'est plus contraire aux notions anciennes de la possession en matière de meubles, que l'application qui leur est faite de la règle admise en matière immobilière sur la perte de la possession. Déclarer que dans tous les cas, qu'il y ait ou non, négligence de la part du propriétaire, celui-ci conserve malgré toutes les apparences, la possession du meuble depuis longtemps abandonné par son détenteur, peut-être même acquis par un tiers de bonne foi, c'est renverser toutes les idées précedemment admises, faire sortir la possession de son rôle. Désormais pour les meubles qui ont passé entre les mains d'un détenteur précaire, il y a plus à se demander : Qui a les apparences du propriétaire, mais qui est l'ancien possesseur? Les rôles futurs dans la revendication ne sont plus déterminés d'après l'état de fait actuel, mais se trouvent renversés au profit d'un possesseur négligent et à l'encontre d'un détenteur actuel de bonne foi et qui, peut-être, n'a rien à se reprocher.

58. — *Perte par la prise de possession d'un tiers.* — La question ne peut s'élever, on le conçoit, qu'autant que la possession n'est pas déjà perdue par l'abandon du possesseur, ou la perte de la chose, dans les conditions et suivant les distinctions précédemment admises. Supposons donc la possession maintenue comme cela arrive, par exemple, pour le tailleur qui s'absente de sa carrière et laisse ses blocs de pierre à decouvert ; un tiers s'en empare, lui en enlève-t-il la possession?

Nous avons déjà fait allusion à une règle dérogatoire admise à ce sujet en

1. De plus, cette décision, en matière mobilière tout au moins, était la conséquence presque forcée de l'assimilation de l'interdit *utrubi* a l'interdit *uti possidetis*. Cf. *infr.* au sujet de l'action *momenti* — une autre interprétation qui ne verrait plus dans ce cas l'hypothèse d'une possession maintenue, mais celle d'une possession dont le recouvrement se trouve facilité par une action possessoire nouvelle.

Digitized by Google

matière immobilière. Nous avons dit à propos des *saltus æstivi aut hiverni* que la possession continuait non-seulement pendant l'absence du propriétaire, ce qui pour ces sortes de biens n'était que l'application du droit commun (1), mais se maintenait encore même aprés l'occupation qui en aurait été faite par autrui. Cette règle avait été étendue à tous les immeubles, non cependant sans rencontrer de sérieuses résistances parmi les jurisconsultes; elle donna lieu à la maxime que la possession des immeubles ne peut être perdue à l'insu du possesseur; elle ne lui est enlevée que lorsqu'ayant connaissance de l'occupation il n'a rien fait pour la faire cesser on n'a pu y parvenir (2). Il y avait à l'admission de cette règle un intérêt d'utilité pratique considérable, car il pouvait arriver fréquemment que l'occupation réalisée en l'absence du possesseur eût été opérée publiquement et sans que le *raptor* eût pris aucune précaution pour se cacher du propriétaire, auquel cas la possession eût été non-seulement perdue mais désormais impossible à recouvrer pour vice de clandestinité. Eût-on même admis par extension l'*exceptio nec vi, nec clam* dans l'interdi *uti possidetis*, elle ne se serait assurément pas étendue au sous-acquéreur de bonne foi à qui le *raptor* eût livré l'immeuble; au contraire si l'on admet que la possession subsiste en l'absence du maître et tant qu'il ignore l'occupation par autrui, cette règle s'applique aux sous-acquéreurs comme au *raptor* lui-même. A-t-elle été admise en matière mobilière? Elle le fut, je pense, pour l'esclave laissé dans le domaine du possesseur absent (3). Le système romain était de lui appliquer les règles admises en matière immobilière; cela suppose que malgré l'occupation par autrui il a manifesté l'intention de rester sous la possession de son ancien maître, soit qu'il eût tenté de fuir, soit qu'il eût fait savoir à celui-ci l'occupation étrangère qui a porté atteinte à ses droits. Ce cas mis à part, nous ne sommes pas autorisés à étendre cette règle aux autres objets mobiliers. Il est bien certain que la prise de possession fait disparaître l'élément corporel qui pourrait exister encore au profit de l'ancien possesseur. Dans ce conflit entre les deux possessions, l'une qui ne se caractérise peut-être que par des recherches infructueuses ou insuffisamment déterminées et celle qui se manifeste par une occupation réelle, les apparences, en matière mobilière surtout, sont en faveur de cette dernière. On sait cependant qu'une solution contraire avait été admise par Justinien pour les choses directement transmises à autrui par un représentant infidèle. Mais cette dérogation si contraire à la nature des choses ne saurait être étendue au-delà de ses termes; du reste il n'y a plus identité de motif; lorsque la chose est détenue par

1. Cf. supr. N° 46.
2. L. 1 § 45 (43-16). L. 3 § 7 et 8 (41-2). L. 25 § 1 (41-2), cf. Gaius IV § 153.
3. Cf. L. 3 § 13 (tit. 2). Cujas t. 8, p. 262.

Digitized by Google

autrui, je puis ne pas être absolument responsable de sa disparition, la faute en est à mon mandataire déloyal ; il y avait donc à punir celui-ci et à m'éviter une perte injuste. Si au contraire il s'agit d'une chose que je détenais moi-même et que j'ai perdue, ou que par imprudence j'ai laissé prendre par autrui, je suis en faute et il n'y a pas de raison pour que ma possession me soit maintenue à l'encontre de la réalité des choses (1). A plus forte raison la possession est acquise au voleur, au *raptor* qui s'empare des objets qui m'appartiennent soit clandestinement, soit par des voies de fait et au moyen de la violence. C'est même là le fait le plus énergique par lequel puisse se manifester l'intention de vouloir être et rester propriétaire et maître de la chose; la théorie possessoire ne consacre pas un déplacement du droit, elle constate un état de fait; or le voleur est le maître le plus absolu et le plus énergique de la chose qu'il a prise pour la faire servir à ses usages et l'avoir à sa pleine disposition. Entre sa situation et celle du possesseur dépossédé qui n'a pas su défendre sa chose ou qui ne sait où la retrouver, le conflit devait encore être tranché, au détriment de celui-ci, sauf les ressources nombreuses que nous verrons mises à sa disposition pour lui faire obtenir restitution de la chose et réparation entière du préjudice.

59. — C'est qu'en effet les principes que nous venons de poser reçoivent en beaucoup de cas une atteinte considérable par application des règles particulières à l'interdit *utrubi*. Lorsque nous parlions de conflit entre la possession du *raptor* ou du nouvel occupant et celle de l'ancien possesseur, nous faisions allusion seulement aux apparences relatives des deux situations, nous ne supposions pas que le débat s'élevait entre ces deux personnes. Ce que nous voulions dire c'est que la chose qui se trouve en la possession matérielle d'un détenteur qui se proclame à son sujet maître souverain et n'est lié par aucun contrat antérieur susceptible de contredire sa prétention, indique vraiment jusqu'à preuve du contraire de quel côté sont les apparences de la propriété; et contre cette manifestation de fait aussi éclatante, les recherches peut-être tardives, en tout cas impuissantes, de l'ancien possesseur ne sauraient être une protestation suffisante. Le nouvel occupant est donc possesseur; s'il est troublé par un tiers, il aura droit aux interdits et aux actions basées sur le trouble possessoire. Mais ceci suppose qu'il n'est pas en présence de celui qu'il a dépossédé; mis en regard avec ce dernier par l'interdit *utrubi*, sa situation se trouvera considérablement changée par suite de ces deux règles que nous développerons ultérieurement: dans le débat possessoire relatif aux meubles, la possession perdue l'emporte sur la possession actuelle si elle se trouve lui avoir été

1. Cf. L. 25. (41-2).

Digitized by Google

supérieure en durée pendant l'année antérieure à la date de l'émission de l'interdit ; elle triomphe encore, quelle que soit sa durée, si la possession actuelle n'a été acquise que par suite d'un vice originaire. De sorte qu'en réalité la possession n'est absolument perdue qu'autant que celle du nouveau possesseur est exempte de vice ou qu'elle se trouve avoir acquis une durée supérieure à six mois ; jusqu'alors il pourra toujours arriver qu'elle puisse être recouvrée par l'interdit *utrubi*. Ce qu'il faut remarquer c'est que cet interdit ayant la prétention de maintenir une possession qui subsiste, il en résultera que la possession recouvrée contre l'adversaire sera censée n'avoir jamais été perdue pour le précédent possesseur ; ce n'est pas là une pure affaire de mots, puisque nous en tirerons au moins cette conséquence que l'usucapion n'aura pas été interrompue.

Influence de la qualité des choses sur la perte de la possession.

60. — Il nous reste, pour compléter cette matière, à montrer par quelques exemples comment la nature différente des choses possédées peut influer sur le fait de l'existence et du maintien de le possession. Nous n'avons plus à donner l'explication de ce fait, mais à en voir quelques applications ; il est en effet la confirmation la plus manifeste de la théorie que nous avons proposée sur le caractère de la possession ; celle-ci n'est que l'exercice extérieur de la propriété d'après les pratiques normales du propriétaire, elle doit varier dans ses applications suivant les formes diverses sous lesquelles cet exercice se révèle pour chacune des choses qui nous appartiennent. Nous n'insisterons que sur cette catégorie de meubles que les textes appellent quelquefois *res moventes* pour les distinguer des *res mobiles* en général. Les choses animées se divisent en deux grandes catégories, les esclaves considérés comme objet de propriété et les animaux en tant qu'ils peuvent être soumis au pouvoir de l'homme.

61. — *Esclaves*. — Nous connaissons déjà les principales décisions que le droit romain admit et vertu de cette double idée que la personnalité de l'esclave, en tant que celui-ci est susceptible d'un *animus* personnel, peut suffire à rattacher ce dernier à son maître indépendamment de tout pouvoir de détention matérielle ; et d'un autre côté que l'esclave ayant toujours la possibilité de revenir chez son maître et étant supposé fidèle, ce que la crainte des châtiments rendait vraisemblable, l'exercice du droit de propriété se trouvait comporter à son égard une surveillance moins active et des rapports plus larges et moins étroits au point de vue de la disposition physique de la chose. C'est ainsi que l'esclave abandonné par celui qui le détient conserve la possession au *dominus*, tant qu'il n'a pas été pris

Digitized by Google

par un usurpateur; et encore cette dernière circonstance est-elle sans influence depuis les modifications apportées par Justinien au sujet des représentants infidèles. A nous en tenir à la possession *per nosmetipsos*, nous avons également admis que l'esclave laissé dans nos possessions hivernales restait en notre possession pendant nos absences d'été, et cela lors même qu'il serait tombé au pouvoir d' un *raptor*. Il faut étendre ces solutions, sauf en ce qui touche la prise de possession par un tiers, à tous les cas où l'esclave se trouve séparé de son maître et lui conserve l'*animum revertendi*, condition obligée de toutes les décisions précédentes; ainsi je perds mon esclave, il s'égare; la possession m'en est maintenue par sa propre volonté; ou bien je l'envoie au loin, remplir une mission à l'étranger; il me conserve la possession; je l'attache à une terre soustraite à ma surveillance, que je néglige de visiter et même d'entretenir, ma possession n'est pas perdue (1).

Le motif de ces décisions se trouve dans l'*animus* de l'esclave lui-même; aussi la seule question véritablement délicate est celle où l'esclave lui-même a pris la fuite et s'est soustrait à notre possession; il a fait plus qu'abdiquer l'*animus revertendi*. Il semble bien en pareil cas que le *corpus* eût complètement disparu; on comprend cependant combien eût été dangereuse pour cette hypothèse l'application stricte des principes, puisqu'elle eût conduit à permettre à l'esclave à son gré d'enlever la possession à son maître; on chercha des analogies pour se soustraire à cette conclusion, et l'on dit ceci: tout ce que l'esclave acquiert, tout ce qu'il possède profite au maître; lorsqu'il se met en possession d'une chose c'est à celui-ci que la possession est acquise, comment pourrait-il donc acquérir pour lui-même une possession qui ne peut résider un seul instant de raison dans sa propre personne? L'enlèverait-il au maître pour se la donner à lui-même, qu'elle lui reviendrait aussitôt, sans qu'il y eut déplacement ni interversion de l'état antérieur (2). La conséquence principale que l'on avait en vue en décidant ainsi, était d'empêcher que l'usucapion ne fût interrompue; et cependant la base de cette solution semble si peu sûre que chacune des applications du principe donne lieu à des discussions nouvelles et que chacune d'elles n'est admise qu'en vue des circonstances spéciales qui commandent la solution, *utilitatis causa*, comme disent les textes; c'est ainsi que ce principe est remis en question au sujet des acquisitions faites par l'esclave fugitif; appartiennent-elles à son maître? Nerva ne pouvait l'admettre, précisément parce que le maintien de la possession était le résultat d'une simple fiction admise dans un but spécial et

1. Sur toutes ces hypothèses V. Cujas. Sur la loi 3 § 13, t. 9, p. 262.
2. L. 15 (41, 2).

Digitized by Google

dont les effets ne pouvaient être étendus. Cette opinion ne prévalut pas, car la même faveur qui avait exigé la continuation de l'usucapion, réclamait pour le maître le bénéfice des acquisitions faites par l'esclave; elles lui furent unanimement accordées (1). Cette possession fictive ne dure assurément que jusqu'à l'appréhension par un tiers ; mais lorsque celle-ci se réalise, soumet-elle le nouveau possesseur, fut-il même de bonne foi, à l'*actio furti* du chef de l'esclave fugitif? On le niait, car disait-on, l'esclave n'a pas ravi à son maître la possession que ce dernier avait sur lui ; d'autres au contraire se prévalaient du caractère fictif de cette décision ; ce n'était, disait-on, qu'une concession admise en faveur de l'usucapion mais qui ne va pas au-delà, ainsi l'ancien possesseur ne serait pas tenu de l'action *furti* pour les vols commis par l'esclave fugitif, c'est donc qu'il ne possède plus. En réalité, et sauf en ce qui touche l'usucapion, la possession lui a été enlevée, il y a eu *furtum* commis par l'esclave lui-même et dont se trouve tenu de son chef quiconque acquiert sur lui la possession ; c'est cette dernière solution qui prévalut (2). Elle prouve bien le caractère de la décision par laquelle on avait consacré le principe du maintien de la possession ; c'était une décision fondée sur l'équité et basée sur de simples considérations ; on l'accepte dans ce qu'elle a de favorable au maître de l'esclave fugitif, on la repousse en ce qu'elle pourrait lui nuire : s'agit-il de lui assurer l'usucapion commencée, ou l'acquisition des fruits, il possède encore ; s'il fallait le soumettre à l'action *furti* née des méfaits du fugitif, il ne possède plus ; il ne possède plus s'il y a lieu de tirer réparation du préjudice qui lui a été causé et, dès que l'esclave se trouve sous l'empire d'un nouveau *dominus* soumis aux conséquences judiciaires de ses délits, l'ancien maître reconnaît alors que la possession lui avait été enlevée, on lui donne l'action *furti* : cette dernière solution n'eût fait aucun doute, il est bon d'en faire la remarque, si le nouveau possesseur était de mauvaise foi et s'était emparé de l'esclave dans des conditions telles qu'elles pussent elles-mêmes constituer un *furtum* de son chef.

On comprend que la solution serait différente si l'esclave, non content de prendre la fuite, avait revendiqué l'état d'homme libre ; et avait vécu comme tel ; ainsi donc le changement de volonté de l'esclave n'a pas d'influence sur la possession du *dominus*, tant qu'il est présumé esclave ; il n'en est plus de même s'il agit comme un homme libre ; car dans ce cas il y a conflit entre deux possessions contraires, et celle qui l'emporte dans la réalité des

1. L. 1, § 14 (41, 2). L. 50, § 1 (41, 2). L. 25, *in fine* (40, 12). L. 15, § 1 (41, 4). L. 7, pr. (41, 4).
2. L. 17, § 3, *de furtis*.

Digitized by Google

faits, comme devant l'équité, est la possession de l'état de liberté. Mais il faut bien entendu pour que celle-ci soit acquise, qu'elle ait persisté sans interruption pendant une durée suffisante, *si diu in libertate moratur* (1). Le texte cité rappelle à ce sujet l'exemple de Spartacus et conclut qu'il est impossible de considérer le maître, comme ayant conservé la possession sur celui qui se pose comme son contradicteur et son antagoniste.

Si l'esclave qui se prépare à revendiquer sa liberté dans la *causa liberalis* a continué de vivre en esclave, son maître en réalité n'en perd la possession que si le *judicium liberale* est favorable à l'esclave; sinon elle ne lui aura jamais été enlevée. Cependant plusieurs textes disent que pendant l'intervalle, pendant les débats, l'esclave est constitué en possession de la liberté. Il ne faut pas donner à cette expression le sens habituel du mot possession; en réalité ce procès sur la liberté est un procès sur le fond du droit, et par suite d'après les principes du droit commun les rôles auraient dû être assignés à chacune des parties d'après l'état de fait antérieur; l'esclave, ayant continué à subir toutes les apparences de la servitude, aurait eu à prouver sa condition d'homme libre; or, on décida, par faveur pour la liberté, que l'esclave serait présumé libre, et que le maître aurait à faire la preuve contraire. On renverse les rôles au point de vue des débats, mais tous les autres effets de la possession n'en subsistent pas moins au profit du maître, entr'autres ceux qui sont relatifs aux acquisitions faites par l'esclave pendant le procès en cours. Il en serait encore de même si l'esclave venait, avant le jugement, à tomber sous la possession d'autrui; le maître agissant par l'interdit *utrubi* ferait valoir sa possession jusqu'au jour de la disparition de l'esclave (2).

63. — *Animaux domestiques.* — De même que nous avons vu l'esclave rester sous la possession de son maître malgré un éloignement momentané, de même en sera-t-il, dans une mesure plus restreinte, des animaux domestiques qui ont coutume de rentrer d'eux-mêmes à la ferme. Un chien rencontré seul n'est pas pour cela un animal abandonné; il ne réveille pas l'idée de possession absente; car on sait que le soir il revient au logis, et l'on comprend que son maître ne le tienne pas toujours en laisse ou enfermé à la maison. Il n'en est plus de même des animaux sauvages; on peut dire que le droit de propriété ne peut s'exercer sur eux tant qu'ils sont à l'état de liberté. Quand l'un d'eux est pris; celui qui en a fait la capture l'enferme

1. L. 3, § 10 (41, 2), *cf.* Cujas *loc. cit.* Voir une interprétation quelque peu différente. dans Ihering, p. 200.

2. Cujas, t. 8, p. 260. L. 24 § 4. L. 25 § 2 (40, 12). Cf. L. 1, Cod. (5, 34). L. 33 § 1, Dig. (3, 3). L. 12 (4-6).

Digitized by Google

et le garde à vue ; un animal de ce genre à l'état libre indique qu'il n'a pas de maître. Il en serait différemment, si, même sauvage par sa nature, il avait pris d'habitude de revenir au même gîte. Mais cela ne peut être vrai que de ceux qu'on peut astreindre à cette domesticité partielle, tels que les abeilles ou les pigeons (1).

1. § 12. Inst. II, 1. L. L. 17 § 3, *de furtis*. L. 3 § 16 (41, 2).

Digitized by Google

CHAPITRE II

PROTECTIONS ÉTABLIES EN VUE DE LA POSSESSION DES MEUBLES

64. — Nous savons à quelles conditions existe la possession. Nous verrons plus tard les nombreux avantages qu'elle concourt à procurer au possesseur. Nous devons avant tout examiner quels sont les moyens judiciaires qui ont été établis en vue de la maintenir, de la défendre, de la faire recouvrer à qui l'a perdue. Le possesseur troublé dans l'exercice de son droit, peut avoir deux sortes d'actions à sa disposition. Une première catégorie correspondant à peu près uniquement au but que Savigny avait en vue dans la théorie possessoire, la répression de la violence, a pour but de la garantir contre le trouble matériel ou de l'indemniser du préjudice souffert. Ces moyens ne sont pas spéciaux à la possession, mais le possesseur en profite. Ce sont les actions de délit. Le possesseur peut les exercer soit avant la dépossession pour se garantir du trouble causé, soit après pour en demander réparation. Il y a même l'une de ces actions qui est particulièrement fondée sur la possession, en ce qu'elle suppose que la chose enlevée avait un possesseur; mais elle n'a pas été créée dans l'intérêt immédiat de la possession, puisqu'elle peut être donnée à qui n'est pas possesseur, et n'appartient pas à tous les possesseurs. C'est l'action *furti*. Comme elle est spéciale aux choses mobilières; nous aurons à la faire rentrer dans le cadre de notre étude; mais comme d'un autre côté elle ne se rattache qu'indirectement à la théorie possessoire, nous ne donnerons à son sujet que quelques brèves indications. Aussi préférons-nous en rejeter l'examen à la fin de ce chapitre, quand nous aurons étudié les moyens créés en vue de la possession elle-même et que nous pourrons plus utilement établir entre ces deux ressources que peut avoir le possesseur, un rapprochement intéressant.

65. — Il est en effet, indépendamment du préjudice causé par la perte de la détention matérielle, un trouble peut-être plus grave pour le possesseur, c'est celui qui a pour objet la possession elle-même; et qui résulte pour lui de ce que cette dernière lui est contestée. La possession est, comme nous l'avons vu, basée sur des questions de fait délicates; elle ne repose pas sur la simple détention physique de la chose; elle peut appartenir à qui n'est pas en rapport direct avec la chose possédée; par consé-

Digitized by Google

quent elle ne se prouve pas, ne se démontre pas par elle-même. Son existence peut donc être contestée. Le juge peut être appelé à décider de simples questions de possession. Indirectement et comme conséquence de sa sentence, le résultat final sera de maintenir dans les avantages de la possession celui qui sera déclaré possesseur, ou de l'y réintégrer s'il a été dépossédé. Ces actions sont les interdits possessoires ; elles peuvent présenter un intérêt accessoire qu'elles ont de commun avec les actions de délit, celui de faire obtenir la réparation du préjudice causé : mais leur intérêt principal est de faire déclarer qui est possesseur. Si en effet il se fût agi seulement de faire cesser le trouble matériel, ou d'en obtenir réparation, l'action *furti*, au moins pour ce qui est des meubles, eût été amplement suffisante ; car pour elle aussi on s'en tenait aux simples questions de fait. La victime d'un vol n'a pas besoin de faire la preuve de son droit de propriété pour se faire restituer la chose qui lui a été soustraite, il lui suffit de justifier d'un intérêt ayant une cause honnête et légitime. Si d'autre part, laissant de côté les questions de fait, on lui contestait son droit, il avait la ressource des actions pétitoires. D'où venait donc alors la nécessité de ces actions intermédiaires n'ayant d'autre but que de faire déclarer quelqu'un possesseur, de faire décider sur un état de fait ? La réponse se trouve dans les observations que nous avons produites au sujet de la nature de la possession en droit romain. Elle est la position de défensive de la propriété. Qui peut établir et maintenir sa possession vis-à-vis d'un tiers est fortement garanti contre les prétentions au droit de propriété que celui-ci viendrait plus tard à élever relativement à la chose possédée. Il importe d'assurer vis-à-vis de lui votre rôle de défendeur à la revendication qu'il peut avoir l'intention d'exercer plus tard contre vous. Ce rôle précieux, vous tenez à ce qu'il vous soit assigné non seulement à l'égard de celui qui trouble aujourd'hui votre droit, mais contre quiconque pourrait vouloir vous le contester. La possession a donc, comme telle, une valeur patrimoniale ; elle doit être protégée en elle-même et pour elle-même.

66. — De là naquit la nécessité de créer des actions spéciales à l'effet de la maintenir au profit de celui qui se trouve y avoir droit, ou de la lui restituer si on la lui a injustementr avie. Les premières suppposent que la possession vous est contestée sans que vous l'ayez perdue ; les secondes qu'elle vous a été injustement enlevée et qu'on vous conteste le droit de la recouvrer.

Il existe en effet, au moins pour les immeubles, deux groupes d'interdits correspondant à ces deux buts distincts; il y en a même un troisième (comprenant les interdits) qui ont pour objet de vous faire acquérir une possession qui ne vous a pas encore appartenu. Cette troisième classe se comprend à merveille pour qui n'adopte pas d'une façon absolue la théorie de Savigny. Si

Digitized by Google

la possession a eu elle-même une valeur concrète, si la protection qu'on lui accorde n'est pas exclusivement fondée sur une violence ou un délit, mais a surtout en vue de protéger un état de fait, et derrière le fait, le droit dont on présume l'existence ; on comprend que dans certains cas, en présence de certaines présomptions, la loi vous permette de réclamer les avantages, l'exercice d'un droit, sans toucher au fond du droit. La situation qui vous sera accordée laisse en réserve la question de sa légitimité, mais elle vous assure encore les avantages de la défensive pour le cas où celle-là vous serait contestée (1). De là cette division *tripartite* des interdits en *retinendæ*, *recuperandæ*, *adipiscendæ possessionis*. Ces derniers ne se référant plus à une possession préexistante, nous n'aurons pas à en parler. Quant aux deux autres, ils se trouvent résumés en matière mobilière, du moins à l'époque du droit classique, en un seul interdit qui suffit au double but que nous avons indiqué : l'interdit *utrubi*. Nous étudierons son origine en ce qu'elle a de commun avec tous les autres et sa procédure d'une façon très sommaire. Nous verrons ensuite quelles sont les conditions nécessaires pour triompher dans l'interdit *utrubi* ; et terminerons en signalant ses effets ; nous indiquerons enfin les changements qui y furent apportés à l'époque de Justinien et dans les temps postérieurs.

Section I

Interdit utrubi

1° *Origine et procédure.* — L'origine des interdits remonte à une époque bien antérieure à la procédure formulaire, alors que le préteur n'ayant pas encore le *jus edicendi* ne pouvait dans tel ou tel cas déclarer qu'il donnerait une formule d'action. Les parties ne pouvaient dès lors se présenter devant lui qu'en réclamant un droit de propriété ou de créance. On comprend combien d'intérêts se trouvaient dès lors sans protection efficace. Il en eût été réellement ainsi si le magistrat n'eût puisé dans son *imperium* le droit de faire respecter les questions relatives à la liberté individuelle et à la propriété. S'il s'agit de l'existence du droit, il laisse aux parties le soin de la démontrer d'après les règles de la procédure des *legis actiones* ; mais pour tout ce qui touche à la sauvegarde du droit lui-même, le magistrat puise dans son pouvoir discrétionnaire, le droit de donner des ordres, de prononcer des défenses, *jus interdicendi*. Il devait en être ainsi en matière de

1. Ihering p. 61.

Digitized by Google

possession ; ce n'était pas un droit, sur quoi les parties se seraient-elles fondées pour faire valoir en justice cette situation de fait? Mais c'était au moins l'apanage de la propriété ; c'était même quelquefois, comme le démontre Niebuhr pour les terres nombreuses concédés à précaire, la seule chose qui pût en tenir lieu. Le magistrat devait tenir compte de cet état de fait ; il eut même au début un pouvoir fort arbitraire sur ce point. La matière où pour la première fois des questions de possession durent s'imposer à son examen, fut celle de la revendication. Étant données les formes primitives du *sacramentum* qui faisaient une position égale à chacune des deux parties, le magistrat était appelé forcément à trancher la situation interimaire, à décider qui aurait, durant l'instance, la possession de la chose et avec elle les avantages qui s'y trouvaient attachés. C'est ainsi que débuta la théorie possessoire ; intimement liée à celle de la propriété, elle se développe en vue surtout de cette dernière. Plus tard les conditions sous lesquelles devait être ainsi réglée la question des *vindiciæ* furent précisées ; l'existence de la possession fut ramenée à certains éléments déterminés et dès lors il put intervenir à son sujet une question de preuve préalable. Le magistrat indiqua dans quelles circonstances il donnerait la possession, d'après quelles règles il écarterait les prétentions dont celle-ci pouvait être menacée et par suite il put y avoir lieu de soumettre à un juge la constatation d'un simple état de fait. La difficulté sous la procédure des *legis actiones* était de mettre en œuvre une action qui ne pouvait se fonder sur aucun droit. On s'en tira au moyen d'un procédé très-usité dans les anciens usages du prétoire ; les parties recouraient d'abord devant le magistrat, le demandeur obtenait de lui une défense relative au trouble dont il se plaignait ; et il n'y avait plus qu'à faire juger s'il se trouvait réellement dans les conditions exigées pour que cette défense lui fût légitimement accordée ; il engageait alors avec le défendeur une sorte de pari sur l'existence des conditions requises et tous deux se promettaient l'un à l'autre une somme payable sous une condition inverse ; ils se trouvaient ainsi créanciers conditionnels et pouvaient s'appuyer sur un droit véritable ; le juge n'avait plus qu'à constater lequel des deux parieurs devait avoir gain de cause, question qui ne pouvait être résolue que par l'examen des conditions requises pour le succès de l'interdit.

Lorsque le magistrat eut inscrit la formule dans l'édit et que sous ce système nouveau l'interdit donna lieu à une action ordinaire, on put se demander pourquoi les parties durent continuer à se présenter encore devant le préteur pour obtenir l'interdit, sauf à en discuter les conditions devant le juge du fait, après l'accomplissement des *sponsiones* et *restipulationes* anciennes. Etait-ce seulement par esprit de tradition et pour obéir à un usage ancien? Nous croyons, quoique au premier abord cette idée puisse paraître

Digitized by Google

un peu paradoxale, que les procédés anciens furent surtout maintenus dans un but de célérité. Car si l'adversaire obéit immédiatement à l'ordre du magistrat, le procès est fini. La plupart du temps ce résultat devait être obtenu; c'est en vue d'y parvenir que l'on avait laissé subsister toutes les difficultés dont était entourée la délivrance de la formule, et surtout dans les interdits prohibitoires, et l'interdit *utrubi* était du nombre puisqu'il se présentait sous la forme d'une défense formelle, le danger qu'offrait pour le perdant la double condamnation résultant de la *sponsio* préalable : dans une matière de fait et réclamant une intervention rapide, on voulut avant tout écarter par la gravité des résultats les plaideurs téméraires ou les usurpateurs de mauvaise foi. Rappelons que l'interdit *utrubi*, comme l'indique la formule incomplète qui nous a été conservée au Digeste (1), était prohibitoire ; les parties ne pouvaient donc se soustraire à la procédure des *sponsiones pœnales*. De plus il était double en ce sens que chacune des parties devait prétendre à l'avantage d'une possession préférable à celle de son adversaire. Gaïus ne signale pas l'existence d'une *fructuum licitatio* analogue à celle qui avait lieu en matière immobilière dans l'interdit *uti possidetis*. On la sous-entend généralement, les situations étant analogues ; cependant M. Machelard fait observer que la nécessité pour le magistrat d'adjuger à l'un des plaideurs la possession intérimaire n'existait plus au même degré, lorsque le débat portait sur un meuble dont l'un des deux adversaires avait déjà inévitablement la détention exclusive au moment du procès; il n'y avait plus à craindre, comme en matière d'immeuble, lorsqu'on ne peut s'assurer une main mise absolue, que l'autre prétendant à la possession ne tentât une occupation effective et qu'une rixe s'élevât ainsi entre les deux parties avant même l'issue des débats (2).

Conditions de succès dans l'interdit utrubi.

68. — Ces conditions sont renfermées pour la plupart dans la formule suivante qui forme la loi unique du titre de l'interdit *utrubi* au Digeste : *Prætor ait : Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit : quominus is eum ducat, vim fieri veto* (3). Nous verrons en quoi cette formule est incomplète. Les conditions requises pour triompher dans le procès possessoire qui nous occupe sont toutes relatives soit

1. *L. unic.* pr. 43, 31.
2. Machelard, *interdits*, chap. 2, § 3, p. 225.
3. *L. unic.* D. 43,31.

Digitized by Google

à la durée de la possession, soit aux qualités ou caractères qu'elle doit avoir. Nous les examinerons à ces deux points de vue et verrons en terminant les conséquences pratiques des règles que nous allons étudier.

69. — *Durée de la possession.* — Vraisemblablement s'il n'eût été question que de reconnaître qu'elle était le possesseur et de lui donner gain de cause, il eût suffi, comme dans l'interdit *uti possidetis* en matière d'immeubles, de rechercher qui avait la possession actuelle au moment de la délivrance de l'interdit. Il n'en était plus ainsi en matière mobilière, la notion de la possession se trouve quelque peu modifiée au point de vue du débat possessoire; on ne s'inquiète plus de savoir qui était possesseur au moment même où la formule a été demandée et obtenue, mais qui des deux adversaires a possédé le plus longtemps pendant l'année qui a précédé l'émission de l'interdit. C'est là encore une différence profonde entre les meubles et les immeubles et dont l'origine se trouve correspondre à une différence réelle tirée de la nature des choses. Le propriétaire d'un immeuble est censé ne jamais l'abandonner sans motif sérieux, il ne peut à son insu et sans une participation de sa volonté en perdre la possession, dès lors le possesseur actuel, si courte qu'ait été la durée de sa détention, doit légitimement être présumé avoir acquis la possession par suite d'une transmission valable. Quiconque a la possession d'un immeuble doit, aux yeux de la loi et jusqu'à preuve du contraire, être regardé à l'égard de tous comme le propriétaire. Le meuble, au contraire, est susceptible de perte, de détournement, de vol, de transmissions rapides, opérées à l'insu du véritable ayant-droit, et par suite, une possession récente ne suffit pas toujours à indiquer que celui qui l'a acquise soit vraiment le propriétaire même apparent : cela devient une question de comparaison. Il en sera assurément ainsi à l'encontre d'un possesseur d'ancienne date qui aurait cessé de l'être depuis longtemps, celui-ci, par son inaction, a perdu toutes les apparences du propriétaire; il en serait de même contre de simples détenteurs ou contre des tiers qui n'eussent jamais possédé; à leur égard, toute possession même d'un jour se trouve l'emporter. Mais, la question change lorsque la présomption doit se discuter au regard d'un possesseur de date récente; s'agissant d'une question toute relative et d'assigner les rôles que pourraient avoir à occuper au pétitoire les deux adversaires en cause, il s'agit de savoir lequel des deux a de préférence à l'autre les apparences du propriétaire. Or, comme le seul fait de la possession en elle-même peut être insuffisant, on a donné la préférence à la durée de la possession légitimement acquise. Celui des deux qui, dans un espace de temps déterminé, aura possédé le plus longtemps, devra l'emporter; c'est qu'en effet, si la possession du meuble laisse planer des doutes sur sa légitimité, c'est en raison de la facilité de dépossession du

Digitized by Google

meuble lui-même ; or, si ce fait a eu lieu, le dépossédé fait au moins des recherches, tente de découvrir le détenteur et de recouvrer l'objet perdu ; si donc un certain temps se passe sans que le détenteur ait été inquiété, la présomption s'affermit de plus en plus et les apparences extérieures de la propriété s'affirment davantage. Donc, entre deux possesseurs, dans un espace donné, il n'y avait plus à regarder qui avait la possession actuelle, mais qui avait eu la possession la plus longue, puisque cette dernière, au point de vue relatif, se trouve seule constituer une manifestation suffisante du droit de propriété. Cela, disons-nous, n'existe qu'au point de vue relatif, c'est-à-dire en temps que la question se pose entre deux possesseurs dans un temps donné, mais ne modifie en rien les notions que nous avons données sur l'existence de la possession. Il ne faut donc pas croire que la possession des meubles ne s'établisse que par une durée déterminée, ce serait une grave erreur ; la possession même d'un jour n'en est pas moins la possession ; elle existe si bien que c'est elle dont on doit tenir compte dans l'interdit lui-même pour la supputation de la durée de possession et la comparaison qui s'établit entre les conditions où se présentent les deux adversaires ; tout ce que l'on peut dire, c'est que, mise en regard d'une possession plus longue dans un intervalle de temps déterminé, la possession inférieure se trouve non avenue au sujet du réglement possessoire. A tout autre point de vue, elle conserve sa valeur et notamment en matière d'usucapion ; ainsi, c'est du jour même où la possession a commencé que celle-là commencera et non pas du jour où elle s'est trouvée supérieure à celle d'un possesseur antérieur dans la même année.

70. — L'année pendant laquelle doit s'établir la comparaison entre les possessions des deux prétendants, se compte en arrière à partir de la date de l'émission de l'interdit. Sous Justinien, le point de départ se trouve être la *litis contestatio* (1). Pour chacune des parties, le calcul du délai de sa possession se compte par jours de possession réelle et non pas par périodes ininterrompues. La condition indiquée dans l'interdit ne suppose pas une possession continue, il suffit que chacun fasse le total du temps pendant lequel il a possédé, et l'on ne tient aucun compte des intervalles de dépossession qui peuvent s'y trouver compris. Ainsi Aulus a possédé deux mois, puis le mois suivant a perdu sa possession, l'a recouvrée ensuite et gardée pendant deux autres mois, il triomphera de Numérius qui aurait possédé pendant trois mois continus. De même, Aulus a quatre mois de possession, continue ou non, et Numérius trois ; mais dans l'intervalle

1. Gaïus, IV, § 150. Inst., § 4 *in fine*, IV, 15.

Digitized by Google

se place une possession de cinq mois ayant appartenu à un tiers qui n'est pas, je suppose, celui de qui Numérius tient la chose possédée; Aulus l'emportera, quoique celui-ci ne se trouve pas être en fait celui dont la possession dût avoir l'avantage, si l'on considérait tous ceux qui ont possédé la chose dans la même année; c'est qu'en effet, le debat ne se pose qu'entre ces deux parties; c'est entre elles seules que la comparaison doit s'établir, sans que la décision doive préjuger la question qui pourrait s'élever ensuite entre Aulus et le tiers qui a possédé après lui. Nous verrons comment cette dernière situation peut se trouver modifiée en faveur du dernier possesseur, Numérius, s'il se trouve être l'ayant-cause du tiers dont la possession peut avoir existé dans l'intervalle compris entre la sienne et celle de son adversaire Aulus. Enfin, ajoutons que l'on compte seulement le temps compris dans l'année, de sorte qu'une possession, même plus longue, peut être inutile, si son point de départ se trouve placé en dehors de année utile déterminée par la date de l'interdit; toute la durée comprise dans le temps qui précède cette dernière, sera donc non avenue (1).

71. — Comme un des précédents exemples le laissait prévoir, la théorie de la plus longue possession aurait pu conduire à une véritable inconséquence, sinon à une injustice. Il peut arriver en effet que le possesseur actuel soit l'ayant-cause d'un possesseur intérimaire; il est certain dès lors que les apparences, qui peuvent dans une mesure restreinte et peut-être insuffisante le designer comme propriétaire, se fortifient de la transmission dont il a bénéficié, et la présomption qu'il élève contre son adversaire se trouve désormais grossie de la présomption du possesseur intérimaire dont il est le représentant; il y a plus, à ne considérer que la possession personnelle de chacun des prétendants, on arrivait à donner gain de cause au vendeur qui se fût avise aussitôt la tradition faite de contester la possession qu'il avait lui-même transmise à l'acheteur. De toutes façons il était juste, il était logique que toute transmission de la chose emportât fatalement avec elle au profit de l'acquéreur, transmission de la possession dont avait joui l'aliénateur. Ce droit pour chacune des parties d'ajouter à leur possession personnelle celle de leur auteur, prend le nom d'*accessio possessionum*. Il permet de faire entrer en ligne de compte pour le calcul de la *major pars anni* la possession de la personne qui a transmis l'objet soit à titre universel, soit à titre particulier.

72. — La seule condition exigée chez celui qui se réclame de ce bénéfice est qu'il possède lui-même personnellement (2). La possession est un fait,

1. Cf. Gaïus, IV, § 15.
2. Gaïus, IV, § 151, L. 12 § 12 (41-2).

Digitized by Google

non un droit au sens absolu du mot. Si je ne possède pas moi-même je ne puis prétendre avoir droit d'invoquer la possession d'autrui. La transmission qui a été faite en ma faveur prouve peut-être que j'ai droit à la propriété ; mais là n'est pas la question ; il s'agit d'un fait à constater. On me permet sans doute d'opposer à mon adversaire l'exercice du droit de propriété réalisé en la personne de mon auteur, mais à une condition, c'est que ce droit je l'exerce moi-même ; car la possession du défunt ou du vendeur ne prouve rien si je ne possède pas. Rien n'empêche en effet que tel autre, qui possède à ma place, mon adversaire peut-être, n'ait acquis dans l'intervalle le droit de posséder légitimement (1). Si au contraire je possède moi-même, la présomption qui s'élève en faveur de mon droit se fortifie de ce fait que celui qui me l'a transmis était lui-même en possession, en avait l'exercice matériel et les apparences. Cependant on avait proposé une exception en faveur de l'héritier. On se demandait si l'*accessio* pouvait lui profiter avant qu'il fût lui-même entré en possession de l'hérédité. C'est ainsi que les actions héréditaires se trouvent lui être transmises de plein droit avant qu'il eût pris possession. L'analogie cependant n'eût pas été complète ; car pour l'interdit *utrubi* elle eût conduit à le faire présumer possesseur avant qu'il ne le fût réellement ; or on peut par suite de certaines fictions, présumer un fait quand il s'agit de trouver une base à un droit ; cela est impossible lorsque le droit se confond avec le fait lui-même ; la constatation réelle est indispensable, la fiction impossible. C'est ainsi dans notre matière que le *postliminium* ne saurait effacer le fait de la détention perdue pendant la captivité ; de même pour l'héritier qui ne possède pas encore les meubles héréditaires, la base indispensable pour recevoir la possession du défunt se trouve faire défaut, on ne peut la suppléer. C'est en ce sens que la question est tranchée par Ulpien qui décide qu'il n'y a à ce point de vue aucune raison de distinguer entre l'héritier et les successeurs particuliers (2).

73. — Relativement à la possession dont on réclame le bénéfice, une seule condition est requise ; elle doit avoir les mêmes caractères que ceux exigés, comme nous le verrons, pour la possession personnelle de celui qui peut s'en prévaloir (3), c'est-à-dire qu'elle ne doit pas dériver de la violence, ni de la clandestinité, ni d'une concession précaire, cela pour les mêmes motifs que ceux qui seront donnés à l'appui de cette exigence lorsqu'il sera traité des conditions que doit avoir la possession elle-même. Nous devons remarquer seulement qu'en exigeant une possession adjointe exempte de vices, nous devons entendre cette condition d'une façon rigoureuse ; en ce sens qu'elle

1. Cf. L. 13 § 7 (41-2).
2. L. 13 § 4 (41-2).
3. Gaius IV § 151 Paul. *sent.* V. 6, § 1, Inst. § 4. 4, 15.

Digitized by Google

devra non-seulement avoir été irréprochable à l'égard de celui contre lequel on l'invoque, mais même se trouver régulière par rapport à celui qui l'invoque. Ainsi celui qui se prévaut de l'*accessio possessionum* est un acheteur ; il pourra bien sans doute se réclamer de la possession de son vendeur antérieure à la vente, il ne pourrait invoquer celle que celui-ci aurait injustement gardée ou reprise après la vente ; car elle se fût trouvée irrégulière, non plus à l'égard de l'ancien possesseur auquel on l'oppose actuellement, mais à l'égard de l'acheteur qui prétend s'en prévaloir. L. 14 pr. (41-3) L. 15, § 5 (44-3). Cette solution se rattache du reste à une règle expliquée au paragraphe suivant.

Ces qualités suffisent assurément sans qu'il y ait à la base de la possession adjointe ni bonne foi ni juste cause. Nous devons également insister sur l'absence d'une autre condition ; c'est qu'il n'est pas nécessaire que les deux possessions se soient succédé sans interruption. Celle du défunt doit compter au réclamant au même titre qu'une possession personnelle ; or pour celle-ci on n'exige pas la continuité ; il était naturel d'admettre la possession adjointe, même lorsque entre elle et celle du réclamant se serait placée la possession d'un tiers, non admissible lui-même à se prévaloir de l'*accessio possessionum* (1). C'est par là que cette faculté se distingue de celle qui fut admise en matière d'usucapion ; le prescrivant ne peut joindre à sa possession celle de son auteur qu'à la condition qu'il y ait entre elles succession ininterrompue et qu'à la base de la première se trouvent également juste cause et bonne foi.

74. — Le troisième point de vue auquel doivent être examinées les conditions nécessaires pour l'admission de l'*accessio possessionum*, est celui des différents actes de transmission qui relient le possesseur actuel à son auteur. L'intérêt de cet examen résulte de l'observation suivante : La possession personnelle est requise chez celui qui invoque l'*accessio*, mais on n'exige pas qu'elle soit en communication immédiate avec la possession de l'auteur dont on se prévaut, il suit de là que l'*accessio possessionum* peut remonter dans le passé à tous les auteurs précédents qui se sont transmis la chose, pourvu que tous aient possédé. Si un seul n'avait pas eu de possession personnelle, la chaîne serait rompue (2). Mais ces adjonctions successives ne sont possibles que si elles se trouvent reliées chacune par une transmission véritable ; une prise de possession spontanée mettrait obstacle à ce que l'on remontât au possesseur précédent. Si donc je suis entré en possession sans la volonté d'autrui, celui-ci aura beau ne pas réclamer, je ne pourrai invo-

1. L. 13 § 5 (41-2).
2. L. 15 § 1 (44, 3).

Digitized by Google

quer sa possession pour l'opposer à celui qui me conteste la mienne. Pour se prévaloir de l'*accessio possessionum*, il faut donc qu'il y ait eu transmission régulière à titre particulier ou à titre universel, peu importe (1). Fut-il jamais question de distinguer entre les deux modes de transmission? On a pu le croire sur les apparences de la loi 13, § 4 (41. 2) ; ce ne pouvait être que le résultat d'une explication fausse. Nous avons dit quel était le doute auquel ce texte fait allusion et qui se référait uniquement à la question de savoir s'il fallait encore, au cas d'hérédité, exiger une possession personnelle chez l'héritier, comme on le faisait pour l'acheteur. Ulpien assimile les deux situations sans laisser entendre qu'il ait jamais été proposé de refuser l'*accessio* à l'acheteur pour la donner à l'héritier seulement. Ce qu'on refuse à tous deux, c'est de l'invoquer quand ils ne possèdent pas encore par eux-mêmes. D'ailleurs tous les auteurs mettent sur la même ligne les deux ordres de transmission sans faire allusion à l'existence d'une controverse sur ce point (2).

75. — Parmi les faits de transmission, il en est qui ne présentent aucune difficulté ; tels sont ceux qui proviennent de la vente, de l'échange, de la *datio dotis*. Les textes ajoutent la restitution de dot, le legs et le fidéicommis pur et simple ; dans ces deux derniers cas, profitent au légataire et la possession du testateur et la possession intérimaire de l'héritier (3). Le jugement est également une cause de transmission valable (4). Cet acte en lui-même est déclaratif et ne transmet rien ; est-ce donc un effet de la *litis contestatio* produisant un lien analogue à celui d'un contrat, ou cette solution n'a-t-elle été admise que par mesure d'équité? Nous croyons que le motif en est que le jugement qui est déclaratif quant au droit ne peut cependant supprimer le fait intérimaire ; or il se trouve que l'adversaire condamné à me restituer la chose et déclaré sans droit à son sujet, n'en a pas moins acquis antérieurement à la sentence l'état de fait ineffaçable qui constitue la possession ; or comme il s'agit, dans l'*accessio possessionum*, de la succession régulière, interrompue ou non, de deux possessions et non de la transmission de la propriété, il n'y avait pas contradiction à déclarer que celui qui par l'ordre du juge m'a restitué une chose se trouve avoir confirmé par sa possession antérieure celle qui m'est acquise actuellement. Le gagiste pouvait rattacher à sa possession celle du débiteur ; le concédant se servir de celle du précariste, mais seulement quand la concession était rompue, *rupto*

1. L. 14 § 1 (44, 3).
2. L. 14 § 2 (44, 3). Gaius IV § 151.
3. L. 13 § 6 § 10 (41, 2).
4. L. 13 § 9 (41, 2).

Digitized by Google

precario (1), sinon il n'eût pas eu de possession personnelle. Réciproquement le précariste devait avoir le droit de se prévaloir contre les tiers de celle du concedant. Dans ces derniers cas, lorsque l'*accessio* est invoquée par le *rogatus* ou le débiteur qui a recouvré l'objet engagé, il n'est pas question, pas plus que par l'effet du jugement, d'un déplacement de droit, mais d'une transmission de fait. C'est qu'en cette matière, comme disait Scévola, l'équité seule est la règle (2). Ce qui nous conduit à ce principe qu'on doit avant tout considérer la transmission de fait. Par conséquent, au cas de résolution au profit d'un aliénateur, quoiqu'il n'y ait pas transmission, l'*accessio* pourra être invoquée. Il y avait eu doute au cas de résiliation de la vente, et à celui de condition résolutoire en général (3). L'ancien propriétaire pouvait-il invoquer la possession de l'acheteur dont le droit venait d'être résolu ? L'affirmative l'emporta facilement, la résolution ne peut effacer un fait qui a existé. En un mot la règle est de voir s'il y a eu un fait intentionnel qui marque la volonté de faire passer la possession de l'un à l'autre ; dès lors il y a forte présomption au profit des apparences qui désignent le possesseur actuel comme propriétaire à l'encontre de son adversaire ; au point de vue de la preuve du droit de propriété, si l'un d'eux se trouve avoir possédé par le fait et avec l'assentiment de l'autre, c'est comme si le même avait possédé à lui seul. Il ne faut donc pas s'enquérir en cette matière de savoir si la transmission a opéré ou non transfert valable de la propriété ; mais s'il y a eu possession acquise par le fait d'autrui ; il ne faudra pas non plus assimiler ce fait d'autrui à la *justa causa* dont il est parlé en matière d'usucapion, car le *negotium juris* dont il est question en cette matière est considéré uniquement au point de vue du droit auquel il devait servir de cause, plutôt qu'à celui de l'état de fait qu'il a servi à réaliser.

76. — Lorsque toutes ces conditions se trouvent réunies, l'*accessio* opère indépendamment de la volonté du précédent possesseur ; mais non de plein droit, *ipso jure*. Ces deux règles nous conduisent aux applications suivantes. Si l'*accessio* s'applique envers et à l'encontre de tous, elle doit pouvoir être opposée à celui même dont on invoque la possession. Il s'agit toujours de la constatation d'un état de fait, dès lors la volonté du précédent possesseur ne peut faire qu'à un moment donné il n'ait pas lui-même volontairement transmis la possession à son ayant-cause et que ce fait ne rende la situation de ce dernier préférable à la sienne. Cette règle est, on peut le dire, la clef de l'interdit *utrubi*. En effet, à s'en tenir au principe de la possession plus longue, on arriverait à cette injustice précédemment signalée ; que, si le

1. L. 13 § 7 (41, 2).
2. Voyez sur toute cette matière. L. 14 (44, 3).
3. L. 13 § 2 (41, 2), L. 19 (41, 3).

Digitized by Google

vendeur après avoir livré la chose, s'en emparait de nouveau ou en contestait la possession à l'acheteur, avant que celui-ci eût acquis une possession supérieure, ce dernier échouerait dans l'interdit. Il y aurait là un danger réel pour les transactions en matière mobilière. Mais il n'en est rien, puisque l'*accipiens* pourra invoquer la possession du *tradens* lui-même et que forcément il l'emportera sur ce dernier si courte qu'ait été sa possession personnelle. Il en sera de même des sous-acquéreurs qui en remontant jusqu'au *tradens* primitif, sauf possession irrégulière de l'un des intermédiaires, pourra toujours opposer à celui-ci sa propre possession. Cette première règle se trouve cependant dans un certain sens atténuée par la seconde, qui consiste en ce que l'*accessio* n'opère pas *ipso jure* : cela veut dire que, si elle s'applique malgré l'opposition du possesseur précédent, elle est censée cependant n'être admise que sur la demande de celui qui l'invoque. Cela correspond à l'élément intellectuel de la possession qui exige une affirmation consciente du droit dont on se prétend être possesseur ; l'état de fait que l'on invoque, et l'*accessio* en constitue l'un des éléments importants, n'est que la traduction dans le domaine des choses extérieures de la prétention de celui qui se dit et peut être propriétaire. La seule application pratique de cette observation se trouve indiquée par les textes au sujet d'une donation faite en violation de la loi *Cincia* (1). Le donateur conteste la possession et intente l'interdit ; si le donataire dont la possession est inférieure veut s'adjoindre celle du donateur lui-même, celui-ci aura alors la ressource d'une *replicatio legis cinciæ* ; ce qui prouve que la possession du donataire ne se trouvait pas consolidée de plein droit par l'adjonction des possessions, il fallait que celle-ci fût invoquée, ce qui, d'après les conditions de la loi *Cincia*, rendait la *donatio imperfecta* et laissait le dernier mot à la réplique du donateur : celui-ci en transmettant un meuble dont il avait lui-même la possession, ne s'était donc pas par le fait même dépouillé sans retour.

Caractère que doit avoir la possession pour triompher dans l'interdit utrubi.

77. — A s'en tenir à la formule prétorienne telle qu'elle nous est rapportée au Digeste, il semblerait que la seule condition relative à la possession se référât à sa durée ; il y est question seulement de maintenir la possession à celui qui a détenu l'objet pendant le plus long temps dans l'année ; mais on ne semble pas exiger de lui que sa possession soit juste à l'égard de l'adversaire. Cependant Justinien, Gaïus et Paul dans les textes cités nous

1. Frag. Vatic. §§ 293, 311, 313. *Cf.* Machelard, *loc. cit.*, p. 229.

Digitized by Google

indiquent qu'on devait prendre en considération seulement la possession exempte de vices par rapport à l'autre partie. Si cette condition n'est pas rappelée dans la formule, c'est sans doute qu'elle se trouvait naturellement sous-entendue. Lorsqu'il était question en justice de possession en matière de meubles, il n'y avait de possession véritable que celle non vicieuse par rapport à l'adversaire ; toute autre possession était par essence non avenue, car par cela seul que le magistrat avait à trancher une question d'équité entre deux parties, il devait avant tout écarter les réclamations d'un plaideur qui n'auraient été fondées que sur un acte malhonnête commis à l'égard de l'autre. Du reste à prendre à la lettre la formule contenue au Digeste, il faudrait aller beaucoup plus loin; contrairement à celle de l'interdit *uti possidetis*, elle ne contient même pas le mot technique de possession, d'où il semblerait résulter qu'en matière mobilière les conditions de la possession elle-même n'auraient pas été précisées et qu'il suffirait pour triompher dans l'interdit d'avoir détenu la chose plus longtemps que l'adversaire sans qu'il y eut à tenir compte d'aucun fait autre que celui de la détention physique et matérielle ; on sait combien cette conclusion eût été fausse. Il est probable que le magistrat avait été frappé de ce double fait qu'en vertu de la règle sur la durée de la possession il pourrait arriver qu'une possession réelle, légalement existante, se trouvât succomber, et fût par suite assimilée à la simple détention, et d'un autre côté que même non vicieuse la possession actuelle, si elle se trouvait inférieure en durée, n'avait pas plus de succès que n'aurait eu une possession entachée de violence ou de clandestinité ; sous l'influence de cette confusion apparente, et par suite de ce fait que l'interdit étant double, il y a forcément l'une des deux possessions invoquées qui devra être assimilée à la simple détention ou à la possession vicieuse, il crut devoir ne pas qualifier la possession à laquelle serait attaché le succès de l'interdit. Mais assurément le juge du fait ne s'y trompait pas et se référait sans hésitation aux conditions énumérées en matière immobilière, dans l'interdit *uti possidetis*, regardé sans doute comme exposant les principes généraux de la matière.

78. — Les caractères auxquels nous faisons allusion constituent des conditions négatives d'une part, et de l'autre exclusivement relatives aux parties en cause. Il fallait que la possession, dont on se prévalait, soit de son chef, soit de celui de son auteur, n'eût été acquise par rapport à l'adversaire ni par suite de violence ou de clandestinité, ni par l'effet d'une concession précaire. Si ces vices eussent existé au regard de tout autre que la partie en cause, il n'en était tenu aucun compte et l'on ne prenait plus en considération que la durée relative des deux possessions. Si l'on admet avec Savigny que les interdits n'aient eu d'autre but que de réprimer la vio-

Digitized by Google

lence, on comprend que celui qui en a été victime ne puisse se voir opposer une possession basée sur le fait dont il se plaint ; on conçoit aussi qu'il n'ait pas à faire valoir une violence qui n'aurait pas été commise à son égard et qui lui est étrangère : le caractère relatif de ces conditions s'explique à merveille. Peut-être semblerait-il plus difficile à concevoir dans la théorie d'Ihering. S'il s'agit uniquement de faire droit aux apparences en tant qu'elles manifestent le droit de propriété, les vices de la possession ne peuvent avoir d'influence que s'ils infirment l'autorité du fait pris en considération ; or on comprend difficilement que cette influence ne soit sensible qu'au regard de certaines personnes et non au regard de tous ; en un mot ne fallait il pas ne jamais admettre la possession vicieuse ou ne tenir aucun compte en aucun cas des vices qui l'affectent ? Ou bien la violence ne fait que confirmer l'apparence de la propriété, puisqu'elle est de celle-ci l'affirmation la plus énergique et que l'on conçoit très bien un propriétaire cherchant à se faire justice lui-même, et alors elle ne devait jamais nuire au possesseur ; ou bien elle rend la propriété douteuse et les apparences du possesseur suspectes, parce qu'elle ne rentre pas d'ordinaire dans les usages de celui qui est sûr de son droit, et alors il fallait dire qu'elle aurait pour effet de vicier la possession, contre quiconque qu'elle fût invoquée. La réponse nous semble facile ; elle se rapporte aux deux ordres d'idées suivants : la question d'équité et celle de l'effet relatif des décisions judiciaires. Il faut en effet se rappeler quel etait le but principal des interdits possessoires, déterminer les rôles dans un procès possible en revendication. Le possesseur de jadis dépouillé par violence devait avoir celui de défendeur, ayant alors l'exercice du droit de propriété ; ce rôle, il l'aurait eu même contre le possesseur actuel ; or ce dernier se trouve être celui-là même qui lui a ravi la possession par des voies violentes ou détournées ; comment le juge, dans une matière qui a eu pour origine première la simple notion d'équité, pourrait-il admettre l'auteur d'un fait en lui-même illégitime ou délictueux à se prévaloir de cet acte à l'encontre de celui qui en a été victime ? Mais il y a plus ; la question dans son essence est toute relative et consiste en une simple comparaison entre la valeur des deux possessions invoquées ; c'est ce qu'indique la prédominance donnée à la durée sur l'actualité de la possession ; celui qui possède depuis un jour est véritablement possesseur et triompherait dans l'interdit contre qui n'a jamais possédé durant l'année ; cependant il succombera devant une possession perdue, ayant été plus longue que n'est actuellement la sienne ; cela veut dire que devant être présumé propriétaire à l'égard de tout autre il doit voir cette présomption céder devant les apparences plus avantageuses d'une possession plus longue. L'effet des vices de la possession doit être considéré au même point de vue ;

Digitized by Google

il en est un pour lequel le doute ne pouvait s'élever, celui qui dérive du précaire ; le précariste étant, comme il l'a reconnu lui-même, substitué au propriétaire à l'égard de tous excepté à celui du concédant, sa possession opposable aux tiers ne peut l'être à celui qui la lui a concédée. Au cas de violence ou clandestinité, on peut dire de même : un possesseur dont le titre est suspect est encore préférable à qui n'a jamais possédé ; il l'est d'autant plus que la victime qu'il a dépouillée se trouve ne pas réclamer ; lorsqu'au contraire c'est cette dernière qui lui conteste la possession, les protestations de la partie intéressée viennent rendre ainsi aux vices originaires de la possession leur caractère suspect et détruire le témoignage que de fausses apparences se trouvaient rendre en faveur de la propriété. L'influence relative des vices de la possession se trouve donc parfaitement en harmonie, au point de vue théorique, avec le système qui ne voit dans la possession que l'intérêt même de la propriété ; il est plus facile encore de montrer ses concordances au point de vue pratique. Si la loi veut en passant par la possession protéger la propriété, il était inadmissible qu'entre l'ancien possesseur présumé alors propriétaire, exerçant son droit ouvertement et celui qui l'a depouillé par des voies détournées ou violentes, elle donnât la préférence au ravisseur lui-même, sous prétexte qu'il avait par sa violence même énergiquement affirmé ses prétentions à la propriété ; c'eût été exposer les propriétaires légitimes aux dangers les plus graves et aux plus funestes surprises ; la loi eût été contre l'intérêt même qu'elle prétend sauvegarder.

Mais ce qu'il faut bien remarquer, en terminant, c'est qu'il s'agit toujours de la comparaison entre deux possessions, et que la question de droit reste en dehors ; d'où il suit que le ravisseur ne pourra opposer sa posssession à sa victime, mais qu'il pourrait fort bien triompher du véritable propriétaire, si celui qu'il a dépouillé se trouvait posséder sans droit. C'est qu'en effet dans les rapports possessoires, le propriétaire n'est révélé que par la possession ; en dehors d'elle, il n'est pas reconnu, on l'ignore. C'est ainsi que ayant dépouillé un possesseur illégitime, l'interdit *utrubi* me forcera à lui restituer la possession ; si au contraire celle-ci m'est réclamée par le véritable propriétaire, qui a été étranger à mes actes de violence, c'est moi voleur qui triompherai ; le propriétaire se trouvera réduit à la revendication, et le voleur restera sur la défensive. Ce résultat serait encore le même, si le propriétaire ayant recouvré ensuite la possession, se trouvait être le possesseur actuel ; le voleur prenant les devants, intentant contre lui l'interdit *utrubi*, s'il prouve avoir possédé plus longtemps, recouvrera son injuste possession et triomphera du propriétaire sans que celui-ci pût, dans le débat engagé, faire valoir ses droits, sans qu'il pût opposer au ravisseur, bien qu'il n'eût pas été lui-même l'objet de ses violences, le fait délictueux sur lequel il s'appuie et l'intérêt

Digitized by Google

illégitime pour lequel il réclame protection. Ici encore le juge lui dira : Restituez, et vous serez admis à faire valoir vos droits au pétitoire.

79. — Cet effet qui est la conséquence directe du caractère relatif des vices de la possession, est, on peut le dire, le nœud de la théorie possessoire, la difficulté que la plupart des explications en cours sont incapables de résoudre, celle de Savigny moins que toute autre, puisque ne visant que la répression de la violence elle se trouve obligée de consacrer le triomphe de la violence sur le droit lui-même : elle doit admettre que dans certains cas, le violent, le ravisseur, pourra en intentant l'interdit, l'emporter sur le propriétaire lui-même. C'est à l'examen de cette anomalie apparente qu'Ihering a consacré ses efforts et c'est elle qui lui a fourni le point de vue véritable auquel s'était uniquement placée la théorie romaine dans toute cette matière. Il est arrivé à cette conclusion, que pour que les propriétaires légitimes pussent être suffisamment armés contre les réclamations téméraires, il fallait qu'ils pussent, avant de prouver leur droit, répondre à leurs adversaires par une simple constatation de fait ; et dès lors il fallait admettre, si l'on s'en tenait au domaine du fait, que, pour protéger le droit, on devrait s'exposer à voir, dans certains cas exceptionnels, les possesseurs illégitimes se servir des mêmes armes que l'on avait voulu prendre contre eux et l'emporter, momentanément au moins, sur le droit lui-même. Substituant les apparences à la réalité, il fallait s'attendre à les voir triompher dans les cas même où elles ne correspondraient plus à cette réalité ; avant de chercher le propriétaire de droit, il fallait déclarer le propriétaire de fait ; on ne pouvait donc, dans cet examen du fait, admettre ni les prétentions de celui qui se prétendait propriétaire légitime, ce qui est la question que l'on voulait éviter, ni les réclamations, de la part de qui n'en avait pas été victime, fondées sur un fait de violence qui en lui-même ne pouvait infirmer les apparences ni supprimer un état de fait évident. Le possesseur violent a perdu la possession ; celui contre qui il la réclame se dit propriétaire : c'est la question de droit, on la renvoie au pétitoire et c'est pour en préparer la décision que l'on veut déterminer l'état de fait relatif des deux prétendants. Repoussé sur ce point, il accuse son adversaire d'avoir conquis par la violence l'état de fait dont il se prévaut ; qu'importe encore ? Ce fait n'a pas été commis contre celui qui l'invoque ; dès lors, quel appoint apporte-t-il aux apparences que celui-ci peut faire valoir au profit de sa propre possession ? Il pourrait tout au plus tendre à prouver que le possesseur violent a pu ravir la propriété au violenté, en quoi cela prouve-t-il que celui à qui la possession n'a pas été enlevée de ce chef, puisse avoir les apparences ou la réalité du droit de propriété ? Si l'on eût admis l'examen de cette question étrangère aux relations des deux parties en cause, il fut arrivé que le propriétaire légitime qui eût recouvré par des voies détournées la détention

Digitized by Google

de sa chose eût été exposé à voir sa possession contestée par le premier venu entre les mains de qui fût tombé l'objet qu'il avait ainsi recouvré.

C'est ainsi que cette restriction, si on l'eût généralisée, eût pu se retourner contre le propriétaire. Par conséquent dans l'intérêt de la propriété elle-même il fallait n'admettre l'exception de violence ou clandestinité, que du chef de celui qui avait été victime de ces actes illégitimes. Cette question cependant se heurte à une difficulté nouvelle; le voleur, disons-nous, peut avoir gain de cause dans l'interdit et recouvrer son injuste possession; il succomberait cependant s'il voulait intenter l'*actio furti*; on serait en droit de lui reprocher alors sa qualité délictueuse, et ce moyen de défense, cette exception appartiendrait même à qui n'a pas été victime du vol. Ainsi le ravisseur est lui-même volé par un autre que sa propre victime; il intente l'interdit, son adversaire n'a pas le droit de lui opposer sa possession violente et succombe; il recourt à l'*actio furti*, on pourra lui reprocher l'intérêt injuste sur lequel il se fonde, et il sera repoussé; et cependant cette dernière action est également créée pour protéger le propriétaire contre les dépossessions injustes; elle aussi écarte la question de droit et ne se base que sur l'intérêt actuel; elle aussi met en jeu des questions toutes relatives aux parties en cause; pourquoi cette différence avec l'interdit? Pourquoi n'avoir pas admis que l'intérêt de la propriété exigeait dans ce cas comme dans l'autre que le voleur lui-même s'il vient à être volé pût réclamer et se défendre utilement? C'est là une question que nous ne pourrons résoudre qu'après avoir étudié l'action *furti*, qu'après avoir montré combien profondément elle différait de l'interdit par son but et par son résultat; cette étude nous rendra suffisamment compte de la différence qui existe dans les conditions exigées, et nous pouvons dès maintenant, et sauf examen ultérieur, tenir l'objection pour écartée, et conclure avec Ihering, que la logique, que l'intérêt de la propriété exigeant que l'on s'en tînt, dans la théorie possessoire, à de simples constatations de fait, il fallut admettre, comme une conséquence regrettable mais forcée, que sur ce terrain le succès pourrait être assuré par exception à la violence et à la ruse contre le droit. Celui-ci voulant d'abord se défendre sur le terrain des seules apparences, devait s'attendre à succomber contre l'injustice revêtue de ces apparences elles-mêmes. Forcément battu sur ce terrain, il devra alors faire valoir ses prérogatives par une action au fond, avec toutes les preuves à l'appui de ses prétentions.

Effets et conséquences de l'interdit utrubi.

80. — On peut dire que l'objet de notre troisième section est déjà implicitement renfermé dans les deux autres; et que toutes les conséquences aux-

Digitized by Google

quelles l'interdit peut aboutir se trouvent comprises dans l'examen des conditions exigées pour son succès. Cependant ce travail nous semblerait incomplet, si nous ne prenions soin de rassembler comme en un seul tableau et dans un ordre logique les résultats auxquels l'interdit devait conduire. Nous les grouperons sous les deux chefs suivants : le premier relatif aux condamnations qui peuvent être encourues ; le second au recouvrement de la possession. Nous terminerons en nous demandant pour qu'elle cause et dans quels cas l'interdit pouvait être donné, question qui ne pouvait être étudiée utilement qu'après l'étude générale de l'interdit lui-même, de son but, de ses conditions et de ses conséquences.

81. — *Condamnations.* — Elles sont de deux sortes : les unes consistent dans le paiement des divers paris engagés par suite des *stipulationes* et *restipulationes*. Les secondes peuvent comprendre la restitution en nature et le paiement des dommages-intérêts. Nous croyons en effet, malgré le silence de Gaïus et le doute qu'a pu faire naître le défaut d'analogie absolue entre les deux interdits, qu'il y avait lieu à une *fructuaria stipulatio*, au début de l'interdit *utrubi* comme au sujet de l'interdit *uti possidetis*. Par conséquent celui des deux prétendants qui aura obtenu la possession intérimaire, recueillera s'il triomphe, le profit de deux condamnations, fondées l'une sur la *sponsio* qu'il aura faite comme demandeur, l'autre sur la *restipulatio* qu'il aura faite comme défendeur ; s'il succombe, il subira les deux condamnations inverses, et de plus se trouvera condamné du chef de la *fructuaria stipulatio* à payer le montant de la somme sur la promesse de laquelle la possession intérimaire lui aura été accordée. Enfin il devra restituer la chose avec les fruits, ces derniers pouvant se présenter même en matière mobilière, s'il s'agit par exemple d'esclave acquérant pour son maître les produits de son travail ; il devra en outre des dommages-intérêts. La question qui se présente à ce sujet et qui a été vivement discutée à propos de l'interdit *uti possidetis* est celle de savoir si le juge dans l'évaluation des dommages intérêts, doit tenir compte du préjudice antérieur à l'émission de l'interdit. L'exemple proposé par Keller(1) est celui d'une récolte entravée, et par suite perdue par le trouble ou même la simple prétention qui a donné naissance à l'interdit ; pour l'approprier à notre matière, il nous suffirait de supposer que la possession d'un esclave m'a été enlevée au moment où il achevait un travail qui par le fait même est resté en souffrance.

Les arguments invoqués pour refuser réparation de ce chef se réduisent à peu près au caractère prohibitoire de l'interdit. Ce dernier qui a été le préalable de l'action, pose en effet la limite où celle-ci doit se restreindre ;

1. Zeitsch. für gesch. Rechtsw., t. XI, p. 306.

Digitized by Google

l'interdit a-t-il été violé? Là est toute la question. Or, l'interdit étant prohibitoire, c'est-à-dire formulant une défense, se réfère seulement au trouble à venir : je defends, dit le préteur, de troubler celui des deux adversaires qui aura eu la possession la plus longue dans l'année. Si donc depuis l'émission de l'interdit, celui des deux qui se trouve déclaré non possesseur au sens de la formule, n'a pas essayé de porter atteinte à l'exercice de fait des droits de son adversaire, il n'aura pas violé l'interdit, et on ne peut le condamner pour un trouble antérieur que la formule ne vise pas et qui ne peut être par suite qualifié de délictueux. On ajoute que cette lacune, si toutefois on doit l'appeler ainsi, rend compte de la coexistence des interdits *recuperandæ possessionis*, qui, s'adressant à celui qui vous a enlevé la possession, avaient exactement pour but d'obtenir réparation de tout le dommage qui vous avait été causé de ce chef. On appuie enfin cette assertion sur la règle, auquel il est fait allusion, dans Gaïus (1), que le vainqueur dans l'interdit *uti possidetis* n'a droit aux fruits qu'autant qu'il s'agit de ceux perçus depuis l'émission de l'interdit. Si donc, dit Keller, vous tenez compte, dans l'évaluation des dommages-intérêts, de cette récolte perdue peut-être par la faute de celui qui a porté le trouble, mais cela assurément avant l'émission d'interdit, vous violez la règle certaine, relativement aux fruits. Comme cependant il paraissait anormal et peu équitable de laisser sans réparation un dommage causé par le fait même qui a donné naissance à l'interdit et pour lequel celui-ci est intervenu, les partisans de cette opinion sont généralement d'accord pour accorder au possesseur une action *in factum* destinée à poursuivre la réparation qui lui aurait été refusée dans l'interdit. Cette concession ajoute assurément un grand poids à l'autorité de la doctrine adverse, qui se demande pourquoi le droit romain aurait exigé cette complication et cette double poursuite quand d'une seule fois le juge se trouvait suffisamment armé pour statuer sur toutes les conséquences du trouble que l'interdit a pour but de réprimer; *quanti interest possessionem retinere*, dit Ulpien (2). On répond d'ailleurs que l'on ne pouvait en cette matière s'attacher ainsi rigoureusement à la formule de l'interdit, lequel n'avait plus guère d'autre valeur que celle qui s'attache à un procédé traditionnel devenu presque superflu ; qu'il fallait avant tout s'en référer à l'action qui, étant arbitraire (3), laissait au juge un large pouvoir d'appréciation. Enfin on déduit surtout cet ample faculté pour le juge de l'amplification qui suit la formule prétorienne, et dans laquelle il est dit que le préteur tiendra compte de tout

1. Gaïus, IV, § 167.
2. L. 3, 11 (43,7).
3. Cf. Machelard, *loc. cit.* p. 199. Gaïus, IV, § 166, 167, emploie des expressions d'où 'on peut conclure l'admission en cette matière de la formule arbitraire.

Digitized by Google

dommage causé dans l'année utile antérieure à l'émission de l'interdit. Ce qui veut dire qu'un trouble ayant été apporté à la possession, on avait un an pour en demander réparation et qu'après ce délai on n'était plus reçu à intenter l'interdit de ce chef; si donc ce dernier intervient à temps il permettra de statuer sur tous les faits antérieurs, depuis le délai d'un an, qui ont pu porter atteinte à la possession (1). Si l'on rejette cette interprétation, il faut rapporter l'annalité à l'effet de l'interdit et à sa valeur dans l'avenir, en ce sens que pendant un an celui qui l'aura obtenu pourra l'opposer à son adversaire pour repousser ses prétentions ; de sorte que l'année expirée, celui-ci pourrait impunément faire une tentative nouvelle, et qu'un second interdit deviendrait nécessaire qui laisserait cette dernière également hors d'atteinte et ne statuerait encore que pour l'avenir. Ainsi à l'expiration de chaque année, un voisin malveillant pourrait apporter à votre possession troubles, dégâts, violences, pour la réparation desquels l'interdit arriverait toujours trop tard (2).

82. — Quant à nous, nous n'avons pas à résoudre la question par rapport à l'interdit *uti possidetis*, mais bien au sujet de l'interdit *utrubi* ; et il nous semble qu'envisagée sous ce nouveau jour, elle se complique dans les deux sens de quelques difficultés nouvelles. En effet, dans l'interdit *uti possidetis*, le fait dont on demande réparation aura toujours été commis par la faute du non possesseur et l'on comprend qu'il soit question de le condamner de ce chef à des dommages-intérêts ; dans l'interdit *utrubi* au contraire, si l'on remonte comme l'indique la formule signalée plus haut à tous les dommages qui auraient pu être causés dans l'année au possesseur, on peut arriver à tenir compte de faits préjudiciables qui ne sont en rien imputables à celui qui succombe dans l'interdit. Démontrons cela par l'exposé de l'hypothèse.

Dans l'interdit *uti possidetis*, celui qui succombe sera bien réellement un non possesseur, ou un possesseur dont le titre est vicieux ; dans le premier cas le seul trouble auquel il puisse être fait allusion est celui résultant de ses prétentions illégitimes à la possession ; dans le second, étant devenu possesseur par le fait de violence ou de clandestinité, le seul préjudice antérieur dont puisse se plaindre son adversaire est celui qui a pu résulter pour lui de cette dépossession violente et clandestine. Prenons le cas, au contraire, de l'interdit *utrubi* ; l'emportera qui a possédé le plus longtemps dans l'année ; supposons donc à *Aulus* une possession de cinq mois qui lui a été enlevée par un tiers, après quoi Numerius, qui n'est pas l'ayant-cause de

1. Cf. Accarias, t. 2, n° 967, p. 1174, note 2.
2. Machelard, *loc. cit.*, p. 209 et suiv.

Digitized by Google

celui-ci, se trouve avoir possédé pendant trois mois. Ainsi donc entre ces deux possesseurs, seules parties en cause dans l'interdit, se place un possesseur intérimaire. Numerius qui a la possession actuelle, ne pouvant, nous le supposons, invoquer l'*accessio possessionum*, succombera faute d'avoir possédé assez longtemps ; Aulus sera censé, d'après la formule, n'avoir jamais cessé d'être possesseur et son adversaire déclaré détenteur illégitime ; se trouverait donc responsable de tous les dommages qu'ont pu causer à Aulus l'enlèvement, ou la disparition de l'objet qui lui est rendu ; or parmi ces faits dommageables, il y en a dont la faute n'incombe qu'au possesseur intérimaire qui n'a pas été appelé en cause ; peut-on supposer s'ils sont compris dans l'année utile, qu'on demandera réparation de ce chef à Numerius ? Le réduira-t-on aux simples dommages survenus depuis son entrée en possession ? L'injustice n'en sera pas moins réelle ; enfin même à ne tenir compte que du seul préjudice causé par son refus de restituer la chose à l'ancien possesseur, il nous répugne d'assimiler sa situation à celle du non-possesseur dont il est question à l'interdit *uti possidetis*, lequel se trouve avoir directement et immédiatement dépossédé le véritable ayant-droit. Au contraire celui auquel nous faisons allusion a succédé à un tiers et non à celui qui se prétend aujourd'hui possesseur ; ce dernier, il a pu ne pas le connaître, il lui est étranger ; il ignore s'il a été ou non en rapport matériel avec l'objet litigieux, pourquoi serait-il obligé d'admettre sans examen ses prétentions ; il refuse de livrer la chose qu'il tient d'un autre et recourt à l'interdit ; c'est son droit, rien n'est plus légitime ; dès lors comment le rendre responsable du dommage que son refus a pu causer ? D'un autre côté, cette hypothèse mise à part, on peut se trouver aussi en présence d'une dépossession réelle, injuste ou violente accomplie par Numerius à l'encontre de son adversaire. C'est le cas prévu par l'interdit *uti possidetis* ; il y a même intérêt à procurer en une seule fois l'entière réparation due à l'ancien possesseur pour tout le dommage à lui causé soit depuis, soit avant l'émission de l'interdit. Cela paraît d'autant plus indispensable qu'en matière mobilière, comme nous le verrons, il n'y a pas d'interdit *recuperandæ possessionis*, et que si l'on refuse cette extension à l'interdit *utrubi*, il ne reste d'autres ressources que l'action *furti*, laquelle, on le sait déjà, n'est pas donnée à tous les possesseurs ni pour tous les cas de dépossession. De sorte qu'en raison il semblerait qu'on dût admettre, au point de vue des dommages intérêts accordés pour le trouble antérieur à l'émission de l'interdit, une distinction suivant que la partie qui a succombé était ou non un possesseur réel tenant sa possession d'un tiers autre que son adversaire. Cette distinction a-t-elle été faite ? Il n'en est assurément pas trace dans les textes. Il nous semble cependant que les principes peuvent y conduire ; en effet la partie

Digitized by Google

vaincue dans l'interdit *uti possidetis* est toujours un non possesseur ou un possesseur dont le titre est vicieux; son refus de restituer ou sa prétention injuste constituent dans tous les cas une faute dont il doit réparer toutes les conséquences. Lorsque cette situation se présente en matière mobilière pour le juge de l'interdit *utrubi*, celui-ci ne doit pas hésiter à donner cette ampleur à la condamnation. Mais s'il se trouve au contraire en présence d'un possesseur véritable qui n'ait à se reprocher à l'égard de l'adversaire ni violence ni clandestinité, ne faut-il pas dire bien que sa possession ait été trop courte pour le faire triompher dans l'interdit, que le juge devra tenir compte au point de vue de l'équité, de la réalité de ce fait qu'il y a eu possession au sens propre du mot et que dès lors on ne peut rendre ce possesseur responsable que des faits rigoureusement commis à l'encontre de l'interdit. Avant cette défense émanée du juge, que peut-on lui reprocher? Sa prétention, son refus de restituer, ils étaient basés sur un fait réel, la possession? Ils n'étaient que l'affirmation de cet état de fait; il ne devient coupable que du trouble par lui causé à partir du moment où le magistrat par son interdit lui a fait savoir que sa possession, même actuelle, ne suffirait pas si elle n'avait duré plus longtemps que celle de son adversaire. C'est pour ce cas en effet, et pour ce cas seulement qu'il est nécessaire de s'attacher à la formule rigoureusement prohibitoire de l'interdit et de ne tenir compte que des troubles dans l'avenir et non dans le passé.

Conséquences quant au recouvrement de la possession.

83. — Des conditions exigées quant à la durée de la possession et relativement aux vices dont elle peut être atteinte résultent les deux règles suivantes : 1° celui qui a perdu la possession par suite de violence ou tout autre vice pourra toujours la recouvrer contre l'auteur du délit, quelque longue qu'ait été la possession de celui-ci; 2° celui qui aura perdu la possession sans que le nouveau possesseur soit coupable à son égard, et lors même que celui-ci posséderait réellement et légitimement, pourra encore la recouvrer contre ce dernier, si sa propre possession est supérieure en durée.

84. — Nous savons la raison d'être de la première de ces deux règles : elle a pour but de faire recouvrer une possession qui aurait été enlevée par suite de violence ou de clandestinité. Elle explique, dit-on, que les intérêts *recuperandæ possessionis* n'aient pas été étendus aux choses mobilières. Cependant même en matière d'immeubles, l'interdit *retinendæ possessionis* avait, par rapport à la possession délictueuse, le même effet que l'interdit *utrubi*; il faisait recouvrer l'immeuble à l'encontre du possesseur violent ou clandestin. Néanmoins on avait admis pour ces cas spéciaux des interdits

Digitized by Google

qui avaient pour objet direct de s'attaquer à la possession délictueuse et par lesquels la victime de la violence, reconnaissant qu'elle avait été vraiment dépossédée, poursuivait la restitution du bien dont elle avait été expulsée, avec réparation complète de tout le préjudice. Pourquoi donc avoir conservé en matière immobilière ces deux actions distinctes dont le résultat était identique ? On répond que l'interdit *uti possidetis* aurait pu être insuffisant à procurer une entière réparation lorsqu'il y a eu dépossession violente. La violence dans ce cas donne lieu seulement à une exception qu'oppose celui qui en a été victime pour repousser la possession de son adversaire et recouvrer la sienne, mais elle n'est pas le but principal visé par la poursuite et on ne peut l'atteindre directement dans toutes ses conséquences ; c'est ainsi que l'interdit *uti possidetis* pouvait bien faire obtenir restitution de l'immeuble, mais non des meubles qui s'y trouvaient compris ; l'obligation de rendre les fruits ne commençait que du jour de l'émission de l'interdit. Dès lors on a compris la nécessité de créer un interdit spécial ayant un caractère pénal plus rigoureux ; ce fut l'interdit *unde vi* par lequel on pourvait obtenir réparation entière et complète de tout le préjudice causé ; les dommages intérêts s'étendaient à toutes les conséquences de la dépossession qu'elles soient postérieures ou antérieures à l'émission de l'interdit ; de plus ce dernier interdit étant restitutoire, il était possible pour celui qui l'intentait d'échapper aux dangers de la procédure pénale en demandant de suite une formule arbitraire ; il permettait enfin d'atteindre l'auteur de la dépossession, alors même qu'il eût cessé de posséder (1). Or pour les meubles, dit-on, si l'interdit *utrubi* paraissait insuffisant, il n'y avait pas lieu pour cela de créer un interdit nouveau ; car la réparation plus complète pouvait être obtenue au moyen de l'*actio furti* qui était amplement suffisante à cet effet. Ou bien il pouvait encore y avoir lieu à l'action *vi bonorum raptorum*, dans certains cas à l'action *ad exhibendum*, ou même à certains interdits prohibitoires spéciaux (2). Il est bon de rappeler toutefois que les actions *ex delicto* dont il vient d'être parlé n'étaient pas données à tous les possesseurs dans tous les cas de violence. Ainsi elles n'appartenaient pas au possesseur de mauvaise foi, tandis qu'il aurait eu l'interdit *unde vi*. De plus elles n'appartenaient au possesseur de bonne foi que si la violence avait eu une cause malhonnête, ce qui, il est vrai, est le cas ordinaire. Mais le contraire peut se présenter ; elle peut avoir été le fait du propriétaire lui-même, ou de celui qui se croyant tel cherche à rentrer lui-même en possession de ce qui lui appartient. Ainsi donc en matière d'immeubles, un *raptor*

1. Cf. Gaius, IV, § 162, 165. L. 1, § 42 (43,16).
2. Cf. L. 1, § 6 (43,16).

Digitized by Google

qui se trouverait dépossédé lui-même par un fait de violence, pourrait recourir à l'interdit *unde vi*; en matière de meubles, le voleur qui aurait été volé ensuite, n'aurait plus l'action *furti;* il serait réduit à l'interdit *utrubi* qui peut n'être pas toujours suffisant. En un mot la violence par elle seule et en elle-même n'engendrait en matière mobilière aucune action possessoire spéciale; elle se trouvait indirectement tomber sous le coup de divers autres moyens judiciaires, et il pouvait arriver en certains cas que la répression complète fît défaut. Cette lacune fut comblée par une constitution de 389 de Valentinien, Théodose et Arcadius (1) et sur laquelle nous aurons à revenir plus longuement en étudiant les modifications apportées à la protection possessoire en matière mobilière. Elle punit sévèrement quiconque, fut-ce même le propriétaire, se fût emparé violemment d'un meuble possédé par autrui. La possession devait être rétablie au profit du dépossédé sans qu'il y eut à craindre aucun débat au pétitoire.

85. — Nous venons de voir qu'en matière de violence le recouvrement de la possession, s'il s'agit de meubles, peut ne pas assurer toujours une entière et complète réparation du préjudice causé; il n'en est plus de même en matière immobilière, grâce à l'interdit *unde vi*. Cependant il est bon d'insister sur ce point, c'est que l'infériorité que nous venons de signaler ne touche qu'aux conséquences pénales ou pécuniaires de la poursuite et n'atteint en rien le fait même du recouvrement de la possession. Or ce point est assurément en matière d'interdits le seul but capital qui ait été visé; cela peut expliquer que celui-ci, étant suffisamment atteint par l'interdit *utrubi*, on se soit moins préoccupé des questions accessoires. Si maintenant nous considérons uniquement le fait du recouvrement de la possession, nous allons reconnaître grâce aux effets de la seconde règle indiquée plus haut, qu'il était bien plus sûrement garanti s'il s'agissait de choses mobilières qu'en matière d'immeubles.

86. — La conséquence de la seconde règle que nous avons posée est que l'interdit *utrubi* aura effet même contre les tiers. Il n'en est plus de même pour les immeubles. Sans doute l'interdit *uti possidetis* réussira presque toujours contre celui qui vous a dépossédé directement, sa possession étant au moins à peu près forcément clandestine. Cependant il n'est pas vrai de dire que ce vice existera toujours d'une façon absolue; si par exemple la possession résulte d'un contrat nul; s'il entre en possession, vous le sachant, et que par négligence ou par crainte vous n'ayez pas pris immédiatement les recours de droit ou de force qui se trouveraient à votre portée. Dans tous ces cas l'*uti possidetis* échouera contre celui qui a succédé immédiatement à

1. L. 7, Cod. *unde vi* (8,4). Cf. Machelard *loc. cit.* p. 242 et 249.

Digitized by Google

votre possession ; ce sera sans doute l'exception. Au contraire, si nous nous plaçons au point de vue des tiers, c'est-à-dire de ceux à qui la possession aura été transmise en sous ordre, c'est à eux que le succès est assuré ; il s'agira par exemple d'un acheteur qui tient l'immeuble d'un mandataire infidèle, nous savons qu'au moins jusqu'à Justinien, il y a transmission valable de la possession ; assurément il n'y aura pas toujours en pareil cas vice de clandestinité. L'interdit donnera gain de cause au tiers possesseur contre le dépossédé (1). Si nous nous plaçons au point de vue de l'interdit *unde vi*, la sécurité des tiers est plus certaine encore puisque celui-ci ne peut être intenté que contre l'auteur de la violence ; nous verrons enfin combien cette condition de l'interdit *unde vi* était entendue rigoureusement, de telle sorte qu'un fait de dépossession souvent délictueux en lui-même ne tombait sous le coup d'aucun interdit *recuperandæ possessionis*. Au contraire le recouvrement de la possession en matière mobilière pourra toujours, sous la seule condition d'une durée suffisante, être assuré même contre les tiers. D'abord contre le premier possesseur, l'interdit, sous la condition que nous venons de rappeler, réussira toujours, lors même que sa possession eût été légitimement acquise et exempte de vices : son effet n'est tempéré que par la théorie de l'*accessio possessionem* qui permettra le plus souvent à l'acquéreur immédiat de la chose d'opposer au *tradens* lui-même la possession de celui-ci. La théorie est la même à l'égard des tiers ; les sous-acquéreurs ne sont pas plus en sûreté que le possesseur immédiat ; si légitime qu'ait été leur possession, ils ne trouveront de garantie que dans la durée suffisante de celle-ci ; là encore la théorie de l'*accessio* les protégera presque toujours toutes les fois qu'il y aura eu succession régulière de transmissions légitimes. En un mot pour les immeubles, la possession dès qu'elle a été réellement acquise, ne peut être recouvrée que si elle a été ravie par violence ou clandestinité et encore seulement contre l'auteur même de la dépossession délictueuse et au profit de celui qui a souffert de ces vices. En fait de meubles, elle peut être recouvrée toujours, contre qui que ce soit et au profit de quiconque a possédé dans l'année plus longtemps que le possesseur actuel.

87. — Il est bon de rappeler la raison de cette différence. Voici d'ordinaire le motif qu'on en donne. On dit que le meuble étant plus facile à perdre, il devait être plus facile d'en recouvrer la possession. Pour l'immeuble en effet on n'en perd presque jamais la possession à son insu ; pour les meubles il en est tout autrement, puisque presque dans tous les cas l'occupation des choses mobilières en fait acquérir la possession, sans

1. Cf. Ihering, *loc. cit.* p. 91.

Digitized by Google

qu'il y ait toujours lieu aux vices de violence ou de clandestinité. Le moyen de recouvrer la possession devait être par conséquent assez étendu pour prévenir les dépossessions injustes. Dès lors celui qui restait plus de six mois sans essayer de rentrer dans sa possession était censé y avoir renoncé. Une si longue inaction est incompréhensible pour un meuble.

Cette raison pourrait sembler exacte s'il y avait en effet un délai déterminé nécessaire au nouveau possesseur pour l'emporter sur le dépossédé; on sait qu'il n'en est pas ainsi, une possession de quinze jours peut assurer le succès contre un ancien possesseur qui ne possédait que depuis une semaine; et cependant cette plus longue possession peut être, sans qu'il y ait eu violence ni clandestinité proprement dite, le résultat d'un fait malhonnête et fort illégitime. Le système de l'interdit *utrubi* n'est nullement d'assurer, sous réserve d'un délai de prescription, le recouvrement à l'ancien possesseur, ce qui serait le seul moyen de prévenir les dépossessions injustes, mais bien de mettre les deux possesseurs sur un pied d'égalité suprême et de comparer la durée de leur possession, en supposant cette dernière exempte de vice. La raison que l'on donne pourrait donc être bonne en matière d'usucapion, où l'acquisition de la propriété peut être fondée sur la renonciation présumée de l'ancien propriétaire; elle ne peut être admise en matière de débats sur la possession. D'ailleurs elle ne s'applique pas à la possession vicieuse, et cependant, même en ce cas, on peut supposer une renonciation tacite et l'on devrait pouvoir l'induire d'un délai qu'il suffirait seulement de rendre plus long. Tout cela est inadmissible. Enfin il est même en matière immobilière des cas de dépossession fort injustes et pour lesquels le propriétaire reste sans protection au possessoire, le cas par exemple où un tiers s'empare en ravisseur de l'immeuble qui était détenu par votre représentant et que celui-ci avait abandonné. Il importe donc de revenir à la raison que nous avons donnée pour expliquer la règle sur la durée relative des deux possessions. Nous disions que pour un meuble il est facile d'en avoir la possession, que cette dernière à elle seule ne suffit pas toujours à indiquer suffisamment la propriété, il faut de plus la possession prolongée; et dès lors la préférence doit être le résultat d'une comparaison entre les deux possessions invoquées; la plus longue est celle qui révèle le plus sûrement le propriétaire; l'inaction de l'ancien possesseur ne vaut pas comme renonciation de sa part, sinon elle ne pourrait avoir cette signification qu'à la suite d'un délai fixe et indéterminé; mais elle contribue à effacer en sa personne la notion, l'apparence de la propriété; en même temps que cette dernière se révèle et grandit chez celui qui l'exerce activement par la possession, elle se trouve par ce fait même décroître et s'affaiblir chez celui qui ne fait rien pour protester de son droit; chez ce dernier la présomption diminue de tout ce qu'elle gagne chez

Digitized by Google

l'autre; et dès lors il devait fatalement s'établir entr'eux un concours dont le résultat fut le triomphe de la possession la plus longue. Si cette raison est exacte, il n'y avait aucune différence à faire, sauf le cas de vices dans l'acquisition, entre les divers possesseurs; elle devait s'appliquer aux tiers non acquéreurs comme aux possesseurs directs, et quelles que soient les causes originaires de la possession.

Cas dans lesquels pouvait être donné l'interdit utrubi.

88. — Il résulte de l'étude que nous venons de faire que l'interdit pour être délivré par le préteur suppose un trouble réel. Étant annal, il implique un fait matériel qui soit le point de départ de ce délai d'une année. Ce trouble n'est pas un fait de dépossession proprement dite puisque chacun se prétend possesseur, mais un fait qui soit une atteinte contre cette possession. Chacune des parties demande à ce qu'on lui confirme le bénéfice de sa possession, l'autre réplique par son droit à la possession. Tel est le trouble, il résulte de ces deux prétentions inverses. On voit par conséquent qu'une simple prétention, non suivie d'effet matériel, suffit pour donner lieu à l'interdit. Ce dernier peut donc servir à trancher une simple *controversia possessionis*, comme cela pourrait se présenter au cas de possession conditionnelle lorsqu'il s'agit de savoir si la condition est ou non accomplie, et par suite qui est possesseur (1). La seule question qui puisse s'élever est de savoir si l'interdit peut être demandé pour prévenir un trouble à venir qui ne s'est encore réalisé par aucune prétention, mais que l'on redoute. Cela suppose évidemment que celui que l'on soupçonne d'intentions malveillantes s'est vanté de son droit; qu'il a par ses allégations donné à entendre qu'il pourrait revendiquer un jour la chose que je détiens; il n'a pas encore élevé directement contre ma possession de prétentions sérieuses mais je puis craindre que celles-ci n'interviennent, que leur effet soit d'entraver ma jouissance, au moins jusqu'à la clôture de la procédure d'interdit. Ne puis-je pas dès maintenant prendre les devants et faire juger la *controversia possessionis*, de façon à être armé d'un interdit contre les troubles futurs? En un mot puis-je, pour me mettre à l'abri des menaces et assurer mon repos dans l'avenir, provoquer mon adversaire à un débat sur la possession, et, comme le prétend Savigny, lui imposer une caution chargée de répondre du trouble futur (*cautio de non amplius turbando*)? Cette prétention sous sa forme absolue est difficile à justifier. Forcer quelqu'un à répondre d'un

1. Cf. L. 28 § 1 (41, 2). Ihering, p. 86.

Digitized by Google

trouble qu'il n'a pas commis, c'est là quelque chose d'assez arbitraire (1), et les textes sur lesquels on a prétendu fonder cette solution se rapportent à une toute autre hypothèse (2). Mais je pourrai toujours appeler *in jus* mon adversaire afin de lui demander compte de ses allégations ; et là s'il affirme et renouvelle ses prétentions, il se trouve réaliser ainsi le fait susceptible de donner lieu à l'interdit (3). Mais s'il renonce à ses prétentions premières, sur quel droit pourrais-je fonder une demande d'interdit ? Tels sont les faits susceptibles de caractériser le trouble nécessaire pour justifier l'émission de l'interdit. Il n'y a pas d'ailleurs à prendre en considération, sauf pour ce qui est des vices de la possession, le fait originaire de l'appréhension, ni les circonstances qui peuvent ou non le légitimer et le caractériser. Cela pouvait avoir quelque influence en matière d'interdit *recuperandæ possessionis* pour les immeubles, mais n'en saurait avoir aucune en fait d'interdit *retinendæ possessionis*.

MODIFICATIONS APPORTÉES A LA PROTECTION POSSESSOIRE EN MATIÈRE MOBILIÈRE

89. — 1° *Époque antérieure à Justinien.* — Le système que nous venons d'étudier est celui de l'époque classique ; il subit sous le Bas-Empire des modifications nombreuses qui le transformèrent d'une façon presque absolue. La première est celle que nous avons déjà signalée ; elle résulte de la constitution de 389. Nous savons quelles lacunes elle vint combler ; le défaut d'interdit *recuperandæ possessionis* en matière de meubles, l'insuffisance en certains cas de l'*actio furti* ou des autres actions *ex delicto* compromettaient la réparation complète du fait de dépossession en matière mobilière ; le recouvrement de la possession était bien assuré, mais non les dommages-intérêts suffisants. Cette lacune était surtout sensible en matière de meubles si sujets à détérioration, et pour lesquels une simple restitution peut être loin de rétablir l'état originaire tel qu'il était avant la dépossession ; elle s'était accentuée principalement pour le cas où c'était le propriétaire lui-même qui se remettait violemment en possession de sa chose ; aussi est-ce sur ce point surtout qu'insiste la constitution. Elle décide que ce dernier sera

1. N'est-ce pas là cependant le système que l'Angleterre applique aujourd'hui aux députés de la Land League, leur demandant caution pour répondre de la paix future, et les emprisonnant s'ils refusent.

2. Cf. Machelard, p. 207.

3. Accarias, t. 2, p. 1355, note 2.

Digitized by Google

privé même de son droit de propriété sur la chose ; quant au non-propriétaire, outre la chose, il devra en rendre l'estimation (1).

90. — Mais comment le dépossédé pourra-t-il se faire remettre en possession du meuble qui lui a été enlevé avec violence ? Ce ne peut-être assurément au moyen de l'interdit *utrubi* dont les conditions n'ont pas changé. Savigny (2) prétend que la constitution n'a eu d'autre intention que d'étendre aux meubles l'interdit *unde vi*. En effet elle est placée au Code au titre *unde vi* ; de plus les conditions d'appréciation ne sont pas déterminées ; c'est donc que l'on s'est référé à l'interdit *unde vi*, sinon il y aurait à ce sujet une lacune inexplicable. D'ailleurs il y est question de la possession véritable au sens juridique ; elle ne peut être contestée, ou recouvrée que par les procédés ordinaires en pareil cas, c'est-à-dire au moyen d'un interdit. Thibaut (3) qui a contesté cette assertion n'aboutit cependant qu'à cette conclusion que la constitution donnait au dépossédé une action au lieu d'un interdit. A quoi Savigny répond qu'il n'importe guère, que ce n'était plus là à cette époque qu'une pure question de mots. Nous croyons cependant que l'action tout en étant basée sur la possession et donnée au possesseur au sens juridique du mot, n'était pas un remède possessoire. En effet quand la constitution fut rendue l'interdit *utrubi* existait encore comme seul remède possessoire en matière de meubles ; avec son double effet de conserver ou faire recouvrer la possession. Nulle part il n'est trace de l'introduction si importante cependant d'un nouvel interdit relatif aux meubles, ou ce qui serait la même chose, de l'extension à cette matière de l'interdit *utrubi* (4). Le but de la constitution est uniquement d'édicter des dispositions pénales dont le défaut se faisait sentir ; elle a voulu empêcher surtout que l'on pût impunément se faire justice à soi-même. D'ailleurs il n'y a pas là seulement une simple question de mots ; sans doute il est devenu peu important de savoir si l'interdit serait encore nécessaire comme préalable obligé de l'action ; mais ce qui l'est davantage c'est de savoir si cette action nouvelle est soumise aux conditions qui gouvernent l'interdit *unde vi* ; ce dernier par exemple, en tant qu'il n'est pas considéré sous son caractère pénal, n'est pas limité à un an ; si donc la constitution l'avait étendu aux meubles, il faudrait dire que la possession des meubles enlevés au moyen de la violence pourrait être recouvrée même plus d'un an après le fait de la dépossession. Ce qui est certainement

1. Constitution de Val. Théod. Arcad. de 389. L. 7 Cod. (8-4).
2. Savigny, p. 495 et suiv.
3. Thibaut. Civ. Archiv. t. I, p. 103 et suiv.
4. Cf. Instit. § 6 *de interd.*

Digitized by Google

inexact; la possession des meubles ne peut être restituée au dépossédé que s'il agit dans l'année du trouble comme l'exige l'interdit *utrubi* (1).

91. — 2° *Époque voisine de celle de Justinien.* — En arrivant à Justinien, nous trouvons complètement transformé le système que nous avons vu régner à l'époque classique; l'interdit *utrubi* lui-même a disparu, ou plutôt il est assimilé à l'interdit *uti possidetis*. C'est-à-dire qu'il n'y a plus à considérer la durée relative des possessions invoquées, mais il faudra pour triompher avoir la possession actuelle; la possession perdue n'entre plus jamais en ligne de compte, dès que l'adversaire possède sans vice, ne serait-ce que d'un seul jour. Cette innovation à coup sûr n'appartient pas à Justinien qui en fait honneur à ses devanciers et même de très loin, *apud veteres* (2). Cependant elle ne doit pas lui être de beaucoup antérieure; les Fragments du Vatican citent encore l'*utrubi*; le Code Théodosien qui est de 438 a un titre qui lui est consacré. Le Bréviaire d'Alaric composé en 506 en parle fréquemment. On peut croire cependant que l'on employait différemment l'un des deux noms pour désigner l'interdit *retinendæ possessionis*; ou que la réforme avait été opérée en Orient avant de l'être en Occident (3). Quoi qu'il en soit, on ne peut l'attribuer qu'à une idée fausse tendant à dénaturer le caractère de la possession. Il sembla contraire aux principes de considérer comme existant encore la possession perdue; et l'on ne put admettre qu'il fut possible de maintenir à ce sujet une dérogation en matière mobilière. On crut dès lors en confondant les deux interdits faire une assimilation conforme à la nature des choses; on s'en éloigna. Nous avons montré que l'apparence, l'extériorité de la propriété ne saurait être la même pour les meubles et pour les immeubles. Désormais pour les uns comme pour les autres le possesseur actuel va donc désormais triompher; et cela nous explique les controverses nombreuses auxquelles donnait lieu en matière de meubles l'application de la règle admise en matière immobilière sur la désertion du représentant ou la tradition faite par lui au profit d'autrui. Si l'on ne tenait plus compte désormais que de la possession actuelle, on voit à quels dangers le propriétaire se trouvait exposé puisqu'il suffisait d'une infidélité de son locataire, commodataire ou représentant quelconque pour qu'un tiers se trouvât légitime possesseur de la chose qui lui appartenait; jadis il lui eut suffi d'intervenir à temps pour recouvrer la possession au moyen de l'*utrubi*; désormais s'il n'y a pas eu clandestinité, et il en sera ainsi le plus souvent, il est désarmé; il se trouve

1. Cf. Marchelard. p. 251 V. Accarias p. 1369, not. 2.

2. Inst. IV, 15, § 4. L. 1, § 1, D. (43, 31).

3. Frag. Vatic., § 311, Cod. Théod. IV, 23, Lex. Rom., Visigoth. édit. Hœnel interpret. Cod. Théod. IV, 22. Loi uniq. et Paul V, 6. § 1.

Digitized by Google

en face d'un possesseur actuel et il doit recourir à la revendication. Cette conséquence, peut-être non prévue, de l'assimilation dont Justinien fait honneur à ses devanciers n'avait manqué de soulever des doutes nombreux en matière de meubles : ce sont eux que l'empereur prétend trancher par cette décision étonnante mais nécessaire, par laquelle poursuivant l'assimilation, ou plutôt la confusion déjà commencée, il déclare que le fait du représentant ne pourra plus jamais nuire au propriétaire, même s'il transmet la chose à autrui. L'acquéreur ne sera pas devenu possesseur ; l'interdit *uti possidetis* sous son application nouvelle permettra donc au propriétaire de triompher de cet acquéreur qui possède sans avoir la possession (1) au sens juridique du mot.

92. — Cette assimilation soulève une autre question qui ne se présentait pas sous l'empire de l'interdit *utrubi* et à laquelle l'application aux meubles de l'interdit *uti possidetis* donne une importance nouvelle. Cet interdit avait-il vraiment pour effet de faire restituer la possession à celui qui l'avait perdue par suite de violence ou clandestinité sans qu'il fût besoin de recourir à un interdit *recuperandæ possessionis*, ou ne faisait-il qu'éviter au dépossédé au moyen de l'*exceptio nec vi*, *nec clam*, etc. une condamnation qu'eut exigée son défaut de possession et lui faciliter la voie pour l'exercice d'un interdit *recuperandæ possessionis* ? Si cette dernière opinion devait être admise, on voit quelle gravité elle aurait en matière mobilière, puisque les interdits récupératoires n'existant pas pour les meubles, on se trouverait, en dehors des cas de violence tombant sous l'application de la constitution de 389, n'avoir acquis qu'une satisfaction platonique et impuissante. Il suffit de ce résultat pour que nous nous croyons *a priori* le droit de rejeter une telle conclusion. Même en matière d'immeubles cette complication et ce détour semblent bien inutiles ; on s'est appuyé sur ce fait que le dépossédé pouvait bien par suite de l'exception échapper aux conséquences de son défaut de possession, mais que rien ne pouvait faire qu'il pût être qualifié possesseur à l'encontre de la realité même ; ayant évité la condamnation, il reste comme avant dépouillé de la possession et ne peut la recouvrer que par les interdits institués à cet effet.

Cette objection se heurte aux règles de droit concernant l'*exceptio*. Celle-ci n'a pas pour effet seulement de s'opposer aux conséquences qui devraient suivre la prétention de l'adversaire, mais de faire tomber cette prétention elle-même, de la faire déclarer fausse. Elle se présente sous la forme d'une opposition directe aux faits contenus dans la formule. Par conséquent celui qui l'invoque nie que son adversaire soit possesseur ; si l'exception réussit,

1. *V. supra*, n° 57 et L. 12, Cod. (7, 32).

Digitized by Google

la conséquence est que celui-ci ne possède pas, et comme le *judicium* est double et que les deux parties ont affirmé leur possession, il s'en suit que la prétention de celle qui a invoqué l'exception se trouve vérifiée; c'est elle qui possède. Possédant, il n'y a plus qu'à tirer les conséquences de ce fait, c'est-à-dire à lui rendre les avantages matériels de sa possession, et il serait contradictoire de la renvoyer à un interdit récupératoire, lequel suppose au contraire l'absence de possession. Savigny (1) distingue suivant que le non-possesseur a pris ou non les devants, intenté l'interdit ou répondu à la poursuite du possesseur actuel; dans le premier cas seulement il ne saurait être remis en possession, parce qu'il est en faute de n'avoir pas recouru à l'interdit *unde vi*, qui était la voie légale. Cette explication ne tient pas compte du caractère de *judicium duplex* qui est celui de l'interdit. Elle attache au fait de la possession matérielle une importance qu'en réalité elle n'avait pas, puisqu'elle pouvait même être mise aux enchères, en attendant l'issue du procès (*fructus licitatio*) (2). D'après lui celui qui ne possède pas actuellement devrait donc recourir à l'interdit *unde vi* sous peine de n'obtenir qu'un demi-résultat. Or cette assertion est contredite par la loi 12, § 1 (41-2) dans laquelle Ulpien nous dit qu'après avoir commencé par intenter la revendication, on peut renoncer au pétitoire, pour revenir à l'interdit *uti possidetis*. Or, la revendication n'est donnée qu'à celui qui ne possède pas (3). Ce qui prouve que l'interdit *uti possidetis* n'exige pas pour réussir complètement l'exercice actuel de la possession. On a cherché à expliquer ce texte en disant que la revendication supposait uniquement le défaut de détention matérielle, mais qu'elle pouvait être donnée au possesseur juridique contre un simple detenteur et qu'Ulpien en permettant de revenir à l'interdit supposait assurément une espèce de ce genre. A notre avis, il y a là une confusion réelle. Il peut se faire que le revendiquant ait conservé la possession de droit; ce qui est certain, c'est qu'il ne l'invoque pas, que même il convient forcément du contraire lorsqu'il reçoit la *cautio judicatum solvi*. Il s'est donc reconnu non possesseur, peu importe la vérité en droit, et c'est ainsi en qualité de non-possesseur qu'il revient à l'interdit; il avoue alors qu'il est un non-possesseur susceptible de reprendre la possession qu'il déclare être viciée et non valable chez son adversaire.

93. — *Epoque postérieure à Justinien.* — L'effet principal de la réforme signalée par Justinien était de laisser le plus souvent sans protection celui qui perdait la possession d'un meuble. C'est pour parer à cet inconvé-

1. Savigny, § 37.

2. Gaius, IV, § cf. — Keller. Zeitsch. für gesch. Rechtw. t. XI, p. 321 et suiv. Vangerow, t. I, § 336. Machelard, p. 193. Accarias, p. 1355, note 4.

3. L. 1, § 6 (43,17).

Digitized by Google

nient que nous avons vu Justinien, en dépit des faits et contrairement à la nature des choses, maintenir la possession actuelle à celui qui en fait avait été dépossédé par l'intermédiaire de son représentant. Dans tous les cas de violence manifeste, la possession pouvait être restituée soit au moyen de l'interdit *retinendæ possessionis*, soit en vertu de la constitution de 389, avec toutes les conséquences pénales qu'elle avait introduites. Mais ce n'était pas là les seuls cas où le propriétaire fût exposé à perdre la possession des meubles qui lui appartenaient ; il pouvait exister un grand nombre d'hypothèses où cette éventualité se présentait, sans qu'il y eut souvent faute de sa part et même sans que le titre du nouveau possesseur échappât à tout soupçon. Nous indiquerons plus loin quelques-unes de ces hypothèses ; ce qui est certain, c'est qu'en pareil cas sous Justinien, le propriétaire dépossédé, incapable de triompher dans l'interdit *uti possidetis*, dépourvu de tout interdit récupératoire, était forcé de recourir au pétitoire. Le même inconvénient il est vrai, pouvait se présenter en matière immobilière ; les dangers étaient moins fréquents, car la perte de possession d'un fonds de terre ou d'une maison se réalise moins facilement que celle d'un objet mobilier. Cependant il est à croire qu'il avait été pourvu à ces éventualités par l'admission d'un nouvel interdit restitutoire dont la fonction était d'étendre l'interdit *unde vi* aux cas où rigoureusement il se trouvait inapplicable et pour lesquels l'équité cependant réclamait une protection. Ce nouveau remède possessoire ne porte plus le nom d'interdit ; ce détour de procédure avait perdu son utilité et toute signification, il est même probable que l'on sentait plus vivement encore l'inconvénient qu'il pouvait avoir de retarder la décision dans une matière où la célérité était de rigueur. Aussi créa-t-on, à côté des anciens interdits maintenus dans le cadre de leurs fonctions premières, un remède nouveau, plus rapide, plus général, qui laissant de côté toute entrave préalable débutait par la délivrance de la formule ; ce n'était plus vraiment un interdit, mais une action véritable, l'*actio momentariæ possessionis*.

Un grand nombre d'auteurs ne voient sous ce nom nouveau que l'ancien interdit *unde vi* transformé et étendu à certains cas où la violence faisait défaut ; le seul argument de cette doctrine est la place où cette désignation se présente dans les textes ; soit au code Théodosien, soit au code Justinien elle apparaît au titre *unde vi* ; on raisonne donc à son sujet comme faisait Savigny à propos de la constitution de 389. Il est cependant hors de doute que s'il en était ainsi, l'empereur eut opté entre les deux noms, et, comme il l'a fait à propos de l'interdit *utrubi*, nous eût averti de l'assimilation existant entre ces deux remèdes récupératoires. Loin de là, nous voyons l'interdit *unde vi* maintenu dans ses limites, avec toutes ces conditions rigoureuses, et borné aux cas de violence très spécialement détermi-

Digitized by Google

née. Puis subsidiairement il est parlé de possession recouvrée dans des cas manifestement en dehors de ceux indiqués comme étant du domaine de l'interdit *unde vi*; pour quelques unes de ces hypothèses il est parlé d'une action portant un nom spécial, donnée dans des conditions différentes, soumise assurément à des garanties moins sérieuses et par suite restreinte à certains cas cosidérés comme ayant une importance moindre ou pour lesquels on pouvait désirer une célérité plus grande; il faut donc bien admettre que ce moyen judiciaire n'est pas l'interdit *unde vi*; il s'en rapproche par son but, qui est de faire recouvrer la possession, par son fondement qui est assurément un fait de dépossession injuste, et cela suffit pour expliquer la place où il en est traité dans les textes. Cette observation a son importance dans notre matière; puisqu'ayant admis que, même après la constitution de 389, l'interdit *unde vi* ne s'appliquait pas aux meubles, nous devrions reconnaître qu'il en serait de même de cet interdit sous le nouveau nom qui lui est donné au Bas-Empire; et c'est en effet la conclusion à laquelle arrive Ihering, pour avoir confondu l'interdit *unde vi* et l'*actio momentaria*. Cette conséquence n'est plus forcée, si nous reconnaissons qu'il y a là deux actions distinctes et par leur procédure, et dans leurs conditions d'application; aussi, serons-nous, lorsque nous examinerons si cette action nouvelle s'applique aux meubles, dégagé de tout précédent qui puisse nous imposer une solution. Nous ne pouvons d'ailleurs résoudre cette question qu'après un exposé rapide des cas où les textes nous montrent l'application de cette action nouvelle. Le principe est qu'elle est donnée toutes les fois qu'en dehors de la violence, il y a perte injuste de la possession.

94. — Celle-ci pouvait être réalisée par suite de l'erreur du nouveau possesseur, et par la négligence de l'ancien; ainsi un voisin par erreur et très publiquement empiète sur votre terrain, croyant rester dans ses propres limites; il n'y a pas violence, il n'y a même pas clandestinité; assurément l'interdit *unde vi* ne pouvait être donné pour cette hypothèse; et cependant nous voyons que les textes disent en pareil cas que la possession devra être restituée à l'ancien possesseur (1). Savigny, qui n'admet ni l'*actio momentaria* en tant qu'action distincte ni l'extension nouvelle de l'interdit *unde vi* en dehors de ses anciennes limites, prétend, dans la loi citée, qu'il est fait allusion à la revendication; il base cette opinion sur ce que la loi suppose une possession perdue *per errorem aut incuriam domini*; puis s'emparant de ce dernier terme pour en tirer une lumière subite, il croit reconnaître que si la chose est réclamée au nom du propriétaire c'est qu'il est réellement question de la preuve de la propriété et par suite de la revendi-

1. L. 5 cod. (8. 4) Cf. Cujas t. 9 p. 1152. Ihering p. 102. Savigny p. 532.

Digitized by Google

cation elle-même. C'est abuser étrangement d'un mot qui n'est employé que pour indiquer ce qui aura lieu le plus fréquemment et dont la portée est nettement déterminée par le terme technique qui domine la loi toute entière, *possessionem*. Le plus souvent en effet l'ancien possesseur qui aura souffert de l'empiètement sera propriétaire, mais ce qu'il réclame c'est la possession seule : il entend faire reconnaître sa possession et non établir sa propriété ; ce qui est l'hypothèse assurément d'un remède possessoire. Or comme ce remède ne saurait être l'interdit *unde vi*, d'après l'opinion même de Savigny qui lui refuse ce pouvoir d'extension, il faut bien que ce soit cette *actio momenti* dont plusieurs textes nous révèlent l'existence.

95. — Nous trouvons un cas du même genre lorsqu'il s'agit d'une attribution illégale de possession faite par le juge lui-même. Il avait été décidé que dans un procès, si l'une des parties se trouve absente, l'état de possession ne pourrait être modifié ni par un rescrit de l'empereur, ni par un décret du juge (1). Si donc le juge avait, contrairement à cette défense, adjugé à la partie présente la possession de l'immeuble détenu par un absent, il est bien certain que celui-ci de retour, pour obtenir le rétablissement de l'état de chose antérieur, ne pourrait recourir qu'à un remède possessoire ; c'est ce qu'indique la rubrique même du titre dans lequel se trouve comprise la loi citée ; ce titre lui-même est placé immédiatement après celui consacré à l'interdit *unde vi* et montre clairement qu'il va s'occuper d'une action possessoire analogue. Or, dans ce cas il ne s'agit pas de dépossession violente ; il ne peut être question de l'interdit *unde vi* donné dans les conditions ordinaires que nous connaissons ; il faut donc que l'action à laquelle il est fait allusion soit cette action *momentariæ possessionis* qui se trouve nommée et spécifiée à la loi précédente (2).

96. — Nous trouvons en matière d'absence au Code de Justinien une application plus remarquable encore du principe nouveau qui tendait à s'établir en matière de recouvrement de la possession (3). On suppose que la possession d'une chose avait été entièrement perdue par l'absence du propriétaire et que dans ces circonstances elle avait été acquise à un nouveau possesseur ; en pareil cas, l'interdit *utrubi* étant supprimé, on ne peut, quelle que soit la nature du bien dont il s'agit, exercer utilement aucun interdit ; l'interdit *retinendæ possessionis* suppose en effet que la possession est maintenue ou qu'elle a été enlevée par suite de violence, ce qui n'est pas le cas ; les interdits récupératoires impliquent qu'elle a été enlevée directement à

1. L. 2, Cod. (8, 5).
2. L. 1, Cod. (8, 5).
3. L. 11, Cod., *inde vi* (8, 4).

Digitized by Google

celui qui possédait, ce qui se trouve également contraire à l'espèce supposée. D'après les principes antérieurs du droit, il ne pouvait donc y avoir lieu au profit de l'absence qu'à la revendication; dès lors pour protéger la possession des absents on donne à ceux-ci une action restitutoire. Quelle sera cette action? Assurément ici encore ce sera l'*actio momenti* laquelle, comme le dit Cujas (1), tendait de plus en plus à remplacer tous les interdits, à faire recouvrer la possession qui nous avait été enlevée, et même à faire avoir celle que vous aviez déjà perdue lors de la prise de possession par le détenteur actuel. C'est donc au profit des absents l'application nouvelle d'un système analogue à celui qui existait jadis dans l'interdit *utrubi* (2).

97. — Enfin Ihering ajoute aux cas précédents celui où la possession se trouverait perdue par le fait d'un représentant infidèle. Nous savons qu'antérieurement à Justinien les choses abandonnées par le détenteur et plus tard occupées par un tiers ou directement transmises par lui à autrui, se trouvaient soustraites à la possession du *dominus*. Dans plusieurs hypothèses où ce fait s'était produit nous voyons que la possession devait être restituée illico; il s'agissait encore d'une action restitutoire en dehors des formes et de la procédure ordinaire; cela est indiqué en faveur du mineur dépossédé par le fait de son tuteur, ou du bailleur dont le fermier a vendu la chose donnée à bail (3). Dans tous ces cas, dit Ihering, il ne peut être question que du nouvel *interdictum restitutorium*; c'est cette théorie que Justinien dans la loi 12, Cod. (7, 32) généralisa pour tous les cas d'infidélité de la part du représentant. On sait que nous avons expliqué cette loi d'une autre manière; nous croyons que Justinien fit plus que permettre le recouvrement de la possession perdue, mais déclara la possession maintenue au profit de l'ancien possesseur; cela résulte de ce qu'il déclare expressément que l'infidélité du représentant ne doit nuire en rien au *dominus* et ne rien changer à l'état antérieur : celle résulte également de ce qu'il entend donner une même solution pour toutes les hypothèses citées; or, parmi celles dont il parle se trouve le cas de simple désertion, de l'immeuble par le fermier, laquelle, sans aucun doute, et même d'après les principes anciens, ne suffisait pas à enlever la possession au bailleur. D'ailleurs, quoiqu'il en soit de cette dernière hypothèse, on peut croire, comme le dit Cujas, que l'*actio momenti* par ses avantages de simplicité, par la transformation qu'elle avait apportée à la procédure des anciennes actions possessoires, tendait à se substituer à l'interdit dans tous les cas d'extension nouvelle de la protection possessoire, dès qu'il

1. Cujas sur la loi 8, Cod. (8, 4), t. 9, p. 1160.

2. Sur cette hypothèse voir Ihering, p. 109, et dans le sens contraire Savigny, p. 545, § 1, cf. également sur la loi 11, *unde vi*, Cod. Cujas, t. 9, p. 1161.

3. L. 6, § 1, Cod. *unde vi*. L. 2, Cod. Théod. *unde vi*. L. 5, Cod. Just. (7, 32).

Digitized by Google

s'agissait d'obtenir une restitution de la chose par des moyens prompts et sommaires et que la réclamation du *dominus* dépossédé se trouvait basée sur les simples principes d'équité. Enfin nous ne serions pas éloigné de croire que ce fût à une action de ce genre que se référait la constitution de Valentinien elle-même, laquelle n'a d'autre but que d'arriver promptement à la réparation du préjudice commis par la violence du *raptor*.

98. — Ainsi donc déjà, à l'époque de Justinien, nous constatons l'existence d'une action possessoire nouvelle, dont le développement se fit surtout à la dernière époque du droit romain, ce qui nous permit de la classer dans la période postérieure au droit de Justinien ; elle existait concurremment avec l'interdit *unde vi*, elle était donnée pour les cas où l'on voulait recourir à une forme plus brève, mais aussi n'avait-elle pas, peut-être, toutes les garanties des anciennes actions possessoires ; ainsi elle donnait lieu à un de ces débats sommaires qui, dans le dernier état de la procédure, n'allaient pas jusqu'au *Rector Provinciæ* (1). De plus, cette action pouvait être exercée par toute personne, même par le mineur, d'ordinaire incapable d'agir en justice (2). Elle apparaît, en un mot, dans tous les cas où l'équité réclame une protection qui fait défaut, elle comble les lacunes du droit ancien ; elle est donnée surtout, comme nous l'avons vu, au profit des mineurs et des absents. Mais, de ce qu'elle est avant tout un remède d'équité, elle consacre, par le fait même, le renversement de tous les principes constitutifs de la théorie possessoire ; on peut dire qu'à l'époque où nous sommes arrivés, cette dernière n'existe plus dans ses grandes lignes. Les cas où la possession est maintenue, ceux où étant perdue elle peut être recouvrée, se trouvent confondus ; l'équité, telle qu'elle est interprétée par les empereurs, est désormais la seule règle, ce qui aboutit, en droit, à l'absence de toute règle.

99. — Ainsi, en présence de cette généralité d'application et du fondement qui en est la base, nous ne pouvons conclure, comme l'a fait Ihering, que cette action possessoire nouvelle ne s'applique pas aux choses mobilières. Nous savons qu'il n'en décide ainsi que parce qu'il l'identifie avec l'ancien interdit *unde vi*, assimilation que nous avons rejetée. D'ailleurs, les textes qui citent l'*actio momenti*, sont d'une généralité absolue, plusieurs de ceux qui y font allusion, s'appliquent textuellement aux meubles (3). Enfin, cette extension aux choses mobilières apparaît surtout dans le Code Théodosien, or, c'est de là surtout que Justinien a extrait les textes

1. Cod. Théod. 2, 1, L. 8, § 1, et le commentaire de Gothofredus, p. 85. — Cf. Bruns. *Das Recht des Besitzes*, p. 371.

2. Cod. Théod. L. 6 (4-22). V. Gothofredus sur cette loi. L. 3. Cod. Just. (3-6).

3. Cf. L. 11, *unde vi*.

Digitized by Google

relatifs à cette action ; il l'accepte donc avec la généralité qui lui était reconnue. C'est également sur ce Code que les interprètes, et Ihering lui-même, fondent leur théorie sur l'*actio momenti* ; ils n'ont donc pas le droit de repousser la généralité d'application qui lui est attribuée (1). Nous croyons également que c'est à cette action qu'il est fait allusion au Code de Justinien dans un texte où il est parlé d'un recours possessoire rapide, avant tout débat au fond, relativement au colon fugitif appartenant au possesseur de bonne foi (2). Cependant, il est certain qu'au moyen-âge, lors de la rénovation du droit romain, cette extension aux choses mobilières de l'interdit récupératoire, n'avait pas été faite. La possession des meubles était donc alors fort mal protégée ; aussi on inventa, vers cette époque, une *actio spolii* qui vint remplir la place en matière mobilière que, d'après nous, tenait dans le droit du Bas-Empire l'*actio momentariæ possessionis* (3).

Section II

Action Furti dans ses rapports avec la possession

100. — Nous avons annoncé, au début de ce chapitre sur les protections judiciaires dont la possession se trouve entourée, qu'en certains cas elle pouvait être garantie par une seconde catégorie d'actions non spécialement établies dans ce but principal, et ne touchant qu'indirectement à la théorie possessoire ; ce sont les actions de délit ; la plus importante en matière mobilière et la seule dont nous voulions dire quelques mots, est l'*actio furti*, laquelle est donnée au cas de vol.

101. — Nous n'avons pas à étudier le *furtum* d'une façon principale ; cette matière se rattache avant tout à celle des delits et l'action qui en dérive a pour but direct d'assurer la répression du vol au moyen de pénalités pécuniaires, qui, d'après le système romain, profitent à celui qui a été victime du délit. Ce point de vue est absolument en dehors de notre sujet. Mais d'un autre côté, l'étude du *furtum* se rattache à la théorie possessoire en ce qu'il suppose une perte de la possession et tend à procurer une indemnité pour le préjudice qui en est résulté ; il s'en suit que le dépossédé, outre les actions pétitoires qui peuvent lui appartenir s'il est propriétaire, peut, en restant sur le terrain possessoire, recourir à deux actions distinctes, l'interdit *utrubi* par lequel il pourra se faire restituer la chose volée et l'*actio furti* au moyen de laquelle il obtiendra une assez forte indemnité. Le pre-

1. Cf. Cod. Théod. L. 8, § 1 (2-1).
2. L. 14. Cod. (11-47).
3. Cf. *Bruns Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, IV, p. 65.

Digitized by Google

mier n'a en vue que le rétablissement de la possession en tant que celle-ci est la sauvegarde de la propriété, la seconde ne vise qu'une question de réparation pécuniaire et ne considère plus la possession que pour sa valeur patrimoniale propre, non dans ses rapports avec la propriété. Un point de contact qui doit nécessairement être mis en vue entre l'interdit et l'*actio furti*, est que celle-ci, comme le premier, se donne au dépossédé sans qu'il soit nécessaire pour celui-ci de prouver son droit ; on reste sur le terrain du fait ; mais ce domaine n'est plus le même que celui de la théorie possessoire proprement dite, ses limites sont fort différentes ; tandis que pour l'interdit, le fait pris en considération consiste dans le rapport matériel qui unissait le possesseur à la chose usurpée ou ravie, ce fait dans l'action *furti* est l'intérêt qu'avait la victime du vol à ne pas souffrir la soustraction commise à son préjudice. Ce terrain est vaste ; dans un certain sens il est plus étendu que celui de l'interdit ; dans un autre, et grâce à l'une des règles les plus importantes de la matière, il l'est moins. C'est par suite de cette généralité d'application, et en tant qu'elle est considérée au point de vue de l'intérêt pécuniaire, que la possession se trouve rentrer dans le cadre de l'action *furti*. Cette observation nous permet de limiter notre étude en cette matière aux deux points suivants : nous devrons étudier la possession en tant que constitutive du *furtum* ; nous l'examinerons ensuite en tant que donnant droit à l'action *furti* ; d'où ces deux questions : le *furtum* exige-t-il nécessairement pour sa réalisation qu'il ait consommé directement la perte de la possession ? Et quels sont les possesseurs qui, le *furtum* commis, auront droit à l'action *furti* ? On comprend que nous ne puissions répondre à ces deux questions qu'après avoir donné une idée très générale du *furtum* pris dans son ensemble.

102. — Le *furtum* est avant tout un délit, il doit donc renfermer la condition essentielle de la pénalité, l'intention de nuire ; il comprend par suite un élément matériel et un double élément intellectuel ; le premier consiste en un fait d'appropriation quelconque, *contrectatio*, et le second se décompose en ces deux conditions constitutives de la fraude, le préjudice intentionnel causé à autrui et le profit illégitime cherché pour soi-même, *affectus furandi*. De la condition de fait, on tira cette conséquence qu'il ne pouvait exister qu'en matière mobilière ; cependant la question fut controversée ; et Aulu-Gelle rapporte que Sabinus voulait accorder l'action *furti* contre le fermier qui, en vendant à autrui l'immeuble donné à bail, avait interverti la possession du bailleur ; mais cette opinion déjà très discutée à l'époque, *quod vulgo inopinatum est*, échoua complètement (1). Lorsque la dépos-

1. Aulu-Gel., Noct. att., XI, 18. — Cf. Inst, § 7, *de usuc.*, L. 25, pr. *de fur*, Gaïus, II, 51.

Digitized by Google

session atteint le propriétaire, celui-ci a, de droit commun, les actions basées sur son droit de propriété, la revendication, par exemple ; on lui accorde même, par suite d'une fiction qui consiste à traiter le voleur d'après la qualité qu'il a voulu s'attribuer, une *condictio* qui a pour effet d'assurer à tout évènement la persistance de l'action et sa transmissibilité, et de grossir l'évaluation des dommages-intérêts déduits dans la *condemnatio*. Ces actions basées sur le droit de propriété avaient le double inconvénient d'obliger la victime du délit à la preuve de son droit et de laisser sans protection les détenteurs non propriétaires. Aussi dès la loi des XII Tables, on voit exister une action pénale fondée sur le préjudice de fait et destinée à faire obtenir, suivant la condition du délit, jusqu'au quadruple du dommage pécuniaire. C'est cette dernière action dont nous avons à rechercher les rapports avec la théorie possessoire, en nous plaçant aux deux points de vue que nous avons indiqués.

103. — 1° *De la possession, considérée en tant que condition constitutive du furtum.* — On dit assez généralement qu'il n'y a *furtum* que si la chose volée avait un possesseur ; d'où il semblerait que l'on dût tirer cette conséquence logique que le meuble qui n'est sous la possession de personne ne peut être l'objet d'un *furtum*. S'il en était ainsi l'*actio furti* se présenterait véritablement comme une mesure de protection attachée à la possesssion elle-même ; ce serait inexact ; et la règle citée demande quelque explication. Nous voyons en effet que les choses perdues peuvent être l'objet d'un *furtum* (1) ; il faudrait donc admettre, ou que la possession subsiste encore, ce qui est le cas exceptionnel (2) ; ou que les textes cités se placent dans l'exception, ce qui est contredit par la généralité des termes employés. Ainsi donc sans hésitation, l'on doit admettre que le meuble abandonné et sur lequel la possession n'existe plus, pourra faire l'objet d'un *furtum* si son propriétaire n'a pas entendu abdiquer ses droits, et que celui qui s'en empare ait conscience de prendre le bien d'autrui. Cette assertion serait confirmée, s'il en était besoin, par la controverse rapportée plus haut au sujet du détournement accompli par le commodataire ; suffira-t-il d'un simple refus de restituer pour faire perdre la possession au prêteur, faudra-t-il un acte matériel susceptible de constituer un *furtum* ? Ulpien est pour ce dernier système. Cela prouve tout au moins, avant que cette opinion l'eût emporté, que le *furtum* du commodataire pouvait se réaliser après que la possession de la chose prêtée eût déjà été perdue pour le commodant (3). Il reste à rendre compte de la règle donnée par les textes et que

1. L. 43 § 4. L. 48 pr. (47, 2).
2. Cf. supr. n° 50.
3. L. 47, pr. L. 3 § 18, 41. 2, cf. supr. n° 54.

Digitized by Google

Scévola formule ainsi . *Possessionis furtum fieri* ; *denique si nullus sit possessor*, *furtum negat fieri* (1). Or l'exposé de ce principe n'a d'autre objet que d'aboutir à cette conséquence, que les choses dépendant d'une hérédité jacente peuvent être usucapées au titre *pro herede* ; ce qui ne pourrait avoir lieu, si elles étaient devenues *res furtivæ*. La possibilité de l'*usucapio pro herede* est en effet la seule conséquence admise par les textes du principe énoncé ; il est donc vraisemblable que celui-ci n'avait été proclamé dans ces termes que dans le but de légitimer cette institution, injuste en elle-même, et que les idées religieuses des Romains sur la transmission des *sacra* du défunt et la perpétuité du culte domestique rendent seules explicable. Cependant même ainsi comprise cette explication n'échappe pas complétement aux contradictions. On sait en effet que si l'hérédité est dévolue à un *hæres suus*, l'usucapion *pro herede* est impossible même si elle a lieu avant que l'héritier se soit mis en possession par une appréhension matérielle de l'hérédité (2). On croit qu'il en eût été de même s'il se fût agi d'un héritier simplement nécessaire (3). Cependant la qualité de ces successeurs ne les rend pas possesseurs du jour du décès et sans aucun fait de leur part (4). Ce qui prouve que dans ce cas bien que la chose héréditaire soit sans possesseur, elle peut être l'objet d'un *furtum* qui en empêche l'usucapion ; d'autre part, l'hérédité jacente avait été personnifiée par suite d'une fiction en vertu de laquelle les droits dont elle se trouvait composée se rattachaient à un maître supposé ; la fiction était-elle matériellement impossible par rapport à la possession qui suppose un exercice de fait, c'est ce que Scévola prétend avec raison dans la loi précitée ; et cependant on sait qu'en matière d'usucapion on n'avait pas craint d'étendre la fiction jusque là ; l'hérédité elle-même semblait avoir gardé la possession pour permettre à l'héritier de continuer sans interruption celle qui appartenait au défunt (5). Ainsi donc, admet-on que l'hérédité ne puisse fictivement avoir la possession ? Le premier cas nous montre qu'il n'y a pas là un obstacle absolu au *furtum* ; et le second vient ébranler les prémisses, en prouvant que la fiction admise par rapport à la personnalité de l'hérédité pouvait conduire au besoin à lui attribuer le maintien de la possession appartenant au défunt. Donc la règle n'est pas absolue et ne suffit pas à expliquer entièrement la conséquence qu'on en tire. Paul nous laisse entrevoir un motif peut-

1. L. 1 § 15 (47, 4).
2. L. 2 cod. (7, 29).
3. Accarias, t. I n° 243 p. 579 3e édition not. 4.
4. L. 13 § 4 (41, 2) cf. sup. n° 72.
5. L. 31 § 5, L. 40 (41. 3), L. 6 § 2 (41, 4), L. 30 pr. (4, 6).

Digitized by Google

être plus exact, en rapprochant la solution admise pour les choses héréditaires, de celle qui s'impose pour les choses qui n'ont pas de maître (1).

Assurement dans ce cas, l'obstacle à la réalisation du *furtum* ne vient pas du défaut de possession, mais uniquement de ce que l'enlèvement de l'objet ne peut nuire à personne ; il n'y a plus *contrectatio fraudulosa*. Or, à notre avis, c'est par un motif analogue que l'on doit expliquer la décision relative aux *res hereditariæ*. La condition nécessaire à l'existence de l'*actio furti* est qu'il y ait eu lésion d'un intérêt actuel ; on n'envisage pas la question de droit et l'on se préoccupe peu de savoir si la victime du vol est ou non propriétaire, mais on demande où est l'intéressé ; c'est ainsi que nous verrons le simple détenteur préféré au propriétaire lui-même ; si cette seule qualité eût été prise en considération, il eût suffi pour admettre l'*actio furti* de la fiction *hereditas personam sustinet* ; comme cela avait lieu pour l'*actio legis aquiliæ* donnée au propriétaire seul. Au lieu de cela, si l'on demande au moment où le vol est commis où est l'intéressé actuel, on est bien forcé de reconnaître qu'en fait il ne s'en révèle aucun ; l'héritier n'apparaît pas encore, et quant à l'hérédité, en tant qu'être de raison, elle peut être le *substratum* des droits laissés par le défunt, elle est incapable d'en tirer en fait aucun profit personnel, dès lors le détournement ne cause actuellement aucun préjudice de fait dont il puisse être tenu compte. C'est en ce sens, et en ce sens seulement, que l'on peut dire que le défaut de possession fait obstacle à la naissance du *furtum* ; cela est vrai quand il ne laisse plus supposer qu'il y ait personne ayant le droit d'exercer en fait la possession sur la chose volée ; cela ne l'est plus lorsque, même à défaut de possesseur actuel, on conçoit encore un possesseur possible, c'est-à-dire lorsqu'il y a un intéressé qui, la chose recouvrée, puisse avoir l'exercice matériel du droit de propriété. Dans ce second cas il y a encore un intérêt lésé, donc il peut y avoir *furtum* : c'est ce qui explique que les objets perdus puissent donner naissance au *furtum*, malgré le défaut de possession, pourvu qu'ils appartiennent encore à un *dominus* ; cela explique que la *res hereditariæ* appartenant non plus à une personne abstraite, mais à un *heres suus* devienne, par l'enlèvement frauduleux, *res furtiva* incapable d'être usucapée. Enfin même au cas d'hérédité jacente, l'impossibilité cesse dès qu'il y a un intéressé, autre que la personne fictive de l'hérédité ; c'est ce qui arrive pour les choses qui au moment du décès sont entre les mains d'un gagiste ou d'un usufruitier ; le *furtum* peut exister à leur égard et on leur donne l'*actio furti* (2). C'est ainsi, croyons-nous,

1. L. 6 (47, 19).
2. L. 14 § 14, L. 68 à 70 (47-2).

Digitized by Google

qu'il faut entendre la règle que l'existence de la possession est une condition constitutive du *furtum*, et non en ce sens que la chose ayant un maître, mais dont celui-ci eut perdu la possession, ne pourrait plus faire l'objet d'un *furtum*.

104. Il suit de là que pour les choses trouvées, la seule question qui puisse s'élever, n'est pas de savoir si le propriétaire en a ou non perdu la possession, mais bien si elles ont encore un maître intéressé à leur recouvrement; en un mot si elles sont ou non *derelictæ*. Si elles ont été abandonnées volontairement, celui qui s'en empare, quelle que soit son intention frauduleuse, ne nuit à personne et par conséquent ne commet pas de *furtum*. On avait pu se demander si, pour qu'il y eut *furtum*, il était nécessaire de savoir à qui la chose appartenait; mais on répondit avec raison qu'il suffisait qu'elle appartînt à autrui et que l'on en eût conscience (1). La question d'interprétation s'éleva surtout au-sujet des épaves, des choses jetées à la mer au moment d'un naufrage; celui qui les trouve et s'en empare, non dans l'intention de les rendre au maître du navire, mais de les garder pour lui, commet-il un vol? Cela dépendait de la question de savoir si en les jetant à la mer on avait entendu les perdre à jamais, auquel cas il y aurait *derelictio*: et celui qui emporte la chose se fût emparé d'une *res nullius*; Ulpien décide cette question d'inteprétation d'après les circonstances, suivant que le maître du navire a pu légitimement espérer qu'il retrouverait les objets tombés ou jetés à la mer; sinon il y a tout lieu de croire qu'il en a bien véritablement fait le plus complet abandon. D'autres lois décident sans distinction, qu'on ne peut en aucun cas supposer la *derelictio* et que ces choses pourront toujours être l'objet d'un *furtum* (2). Cette dernière opinion l'emporta; il semble bien que le voleur ne fut plus admis à prouver que le naufragé en jetant la chose à la mer pouvait être supposé en avoir fait la *derelictio*. Le délit commis par le voleur peut être different selon qu'il s'en empare au lieu du désastre ou qu'il le trouve abandonné sur le rivage, mais il y a toujours délit dans tous les cas (3). Cette opinion absolue fut consacrée par l'édit du préteur au sujet de l'action au quadruple donnée contre celui qui au moment d'un sinistre, naufrage ou incendie, se livre au pillage ou s'empare des objets menacés de destruction (4).

1. L. 43 § 4 (47-2).
2. L. 43 § 11 (49-2). L. 9 § 8 (41-1). L. 21 § 1 (81-2) *Inst. in fin. de div.* Rer.
3. L. 3 pr. (47-9).
4. L. 1 pr. (47-9).

Digitized by Google

2° *De la possession en tant que condition de l'action furti chez celui à qui elle est donnée.*

105. — Nous allons voir sous ce paragraphe quelle est exactement la valeur de la protection que l'*actio furti* présente en vue de la sauvegarde et du recouvrement de la possession ; nous devons nous demander quand et comment celle-ci peut donner droit à l'action ; en un mot à quelle sorte de possesseurs appartient l'*actio furti*. La règle est qu'avant tout elle est la protection d'un intérêt de fait et d'un intérêt actuel ; nous devons ajouter d'un intérêt ayant une cause honnête. Comparant les limites de ce nouveau terrain d'application avec celui des actions possessoires proprement dites, nous arriverons à ces deux conclusions, que l'*actio furti* est le plus souvent donnée à qui n'a pas la possession juridique et qu'elle n'appartient pas toujours à qui possède au sens technique du mot.

106. — La première conséquence dérive de ce que pour l'*actio furti* on prend surtout en considération l'intérêt de fait et l'intérêt actuel. Il arrivera le plus souvent que cet intérêt se présentera exclusivement chez le propriétaire possesseur de la chose volée ; comme l'on s'attache avant tout au fait de la jouissance actuelle, la question de droit ne sera pas soulevée ; et le propriétaire, comme en matière d'interdit, triomphera uniquement parce qu'il avait la possession et sans avoir à faire aucune autre preuve. S'en suit-il que tous les possesseurs restés en contact avec la chose, auront l'*actio furti* ? Nous verrons que cela n'est vrai que pour le possesseur de bonne foi. Mais ce n'est pas seulement le possesseur au sens juridique du mot qui peut avoir l'action ; mais le simple détenteur. Et cela nous conduit à préciser davantage quel est le caractère de l'intérêt pris en considération ; on peut dire d'une façon abstraite qu'il se trouve déterminé par l'état de fait en opposition directe avec l'acte matériel qui constitue le *furtum* ; celui-ci consiste à détruire ou intervertir le rapport qui existait entre la victime du vol et l'objet volé ; l'intérêt visé sera donc celui qui résultait de ce rapport de fait, et par conséquent celui du détenteur ; le voleur en s'appropriant la chose se met en opposition directe avec l'intérêt de celui qui s'en disait propriétaire et de celui qui exerçait sur elle actuellement les droits du propriétaire ; ce sont ces deux intérêts directement lésés par le *furtum* qui donneront droit à l'*actio furti* ; dès qu'un *furtum* a été commis, quiconque était propriétaire peut intenter l'action lors même qu'il n'eût pas été la victime même du fait matériel commis ; quiconque se trouvait le détenteur à qui la chose a été enlevée aura l'action, s'il justifie d'un intérêt basé sur l'obligation de conserver la chose volée. Ces deux actions du reste ne se

Digitized by Google

cumulent pas toujours ; nous verrons dans quel ordre elles s'exercent. Ce principe conduit à éliminer tout autre intérêt en dehors de ceux que nous venons de déterminer ; c'est ainsi que l'action *furti* n'est pas donnée au simple créancier ; et par suite l'acheteur ne saurait s'en prévaloir contre celui qui a volé la chose non encore livrée entre les mains du vendeur (1). Paul signale une controverse sur ce point ; il fait sans doute allusion à une cession sous-entendue de l'*actio furti* au profit de l'acheteur, ce qui aurait pour but de l'enlever au vendeur (2). Cette élimination faite, nous pouvons déterminer quels sont les détenteurs à qui compète l'action *furti*.

107. — *Détenteurs investis de l'action.* — Outre le possesseur de bonne foi déjà signalé (3), nous pouvons indiquer l'usufruitier, l'usager (4) ; et pour ces derniers l'action leur appartient concurremment avec le propriétaire, au même titre qu'ils se partagent les avantages de la propriété. En dehors de ceux-ci, la règle est que l'action appartient aux détenteurs soumis à la *custodia*, c'est-à-dire responsables de la conservation de la chose ; ce qui comprend les locataires, mandataires, commodataires ; leur droit à l'action prime celui du propriétaire, car celui-ci investi contre eux d'une action en restitution aura toujours le droit de se faire indemniser, ils sont donc les premiers intéressés au recouvrement de la chose. Mais cette raison montre qu'il ne saurait en être ainsi que si le propriétaire est assuré à leur encontre de recouvrer le prix de la chose, c'est-à-dire s'ils sont solvables ; s'ils ne le sont pas, l'*actio* appartient au propriétaire qui l'exerce pour son propre compte (5). Toutefois cet ordre a été modifié par Justinien au sujet du commodataire ; le choix dépend désormais du commodant qui peut à son gré exercer l'action personnelle contre le commodataire à qui reste l'*actio furti*, ou prendre les devants contre le voleur en abandonnant dès lors l'*actio commodati* (6).

Enfin citons le gagiste (7), son intérêt étant fondé avant tout sur son droit réel, il posséderait l'action même s'il eût été dégagé de la *custodia* par le contrat ; ceci explique que l'action comme lorsqu'il s'agit de l'usufruitier appartienne encore également au propriétaire. Telles sont les diverses catégories de détenteurs investis de l'*actio furti* ; nous avons eu soin de ne comprendre parmi eux ni le dépositaire, ni le précariste. C'est que ceux-ci ne sont

1. L. 17, § 5 (19, 5). L. 13, 4, 49, 4, 66, § 5 (49, 2). L. 38 § 1 (46, 3). L. 14. L. 83 (47, 2). Inst. § 3, III. Paul Sent. II, 31 § 17.
2. Cf. Accarias, t. 2, p. 622, not. 1, n° 671.
3. L. 12 § 1. L. 52 § 10. L. 74 (49, 2). Inst. § 15, 4, 1.
4. L. 46 § 3 (47, 2).
5. L. 12, pr. L. 14 §§ 12, 15, 16 et 17 (47, 2). L. 78 (47, 2).
6. Inst. § 16 (4, 2). L. 22, § 1 Cod. (6, 2).
7. Just., § 14, (1. 1). Gaius, III, § 104. L. 12, § 2. L. 14, § 5 et 7. L. 44, § 4 (47-1).

Digitized by Google

plus soumis à la *custodia* à l'égard du propriétaire; ils ne répondent que de leur dol, et dans ce cas leur intérêt, par le fait même qui lui a donné naissance, se trouve entaché d'un vice qui les écarte du bénéfice de l'*actio furti*.

108. — Nous venons de voir l'*actio furti* donnée en dehors de la possession; nous savons qu'elle peut être par contre refusée au possesseur véritable au sens juridique du mot ; cette seconde face de la question se rapporte au principe fondamental que l'intérêt pris en considération doit avoir une cause honnête. Nous devons donner quelques applications de la règle, avant d'en chercher l'explication. L'action *furti* ne pourra être exercée ni par le possesseur de mauvaise foi, ni par le voleur qui viendrait à être volé; il faut également la refuser à celui qui s'est emparé d'une chose pour l'usucaper *pro heredc* (1). Pour ce qui est du voleur, Servius avait proposé de lui donner l'action quand le propriétaire ne se présentait pas. On repoussa cette restriction sur le motif qu'il n'y avait pas de raison de traiter le premier voleur plus favorablement que le second et que d'ailleurs pour avoir droit à l'action *furti* il était nécessaire d'avoir fait une perte. Il ne suffisait pas d'avoir été privé d'un bénéfice tout gratuit, surtout lorsqu'il était injuste (2). Certains voleurs cependant peuvent avoir l'action contre celui qui commet un *furtum* à leur égard ; cela vient de ce que le *furtum* peut comprendre au point de vue de son objet et par rapport au caractère de l'appropriation réalisée, des degrès différents; ainsi l'on conçoit un *furtum usus*, un *furtum possessionis* ; le commodataire qui détourne la chose de l'usage stipulé au contrat n'en reste pas moins responsable de la *custodia* et si l'objet lui est volé, son propre *furtum* ne saurait empêcher qu'il ait l'*actio furti* pour son propre compte. De même le propriétaire après s'être rendre coupable d'un *furtum possessionis* en s'emparant de la chose qu'il avait donnée en gage, aura droit à l'*actio furti* contre un voleur postérieur. Enfin le voleur à qui l'on dérobe le prix de la chose par lui vendue, a de ce chef l'action *furti* contre qui le lui a enlevé (3).

109. — L'explication de la règle comparée à la théorie possessoire peut donner lieu à quelque difficulté. En effet, dit Ihering (4), pourquoi refuser l'*actio furti* au voleur, quand on lui donne l'interdit? S'il dit : Mon adversaire m'a soustrait la possession, on lui accorde protection ; s'il dit : On m'a volé; on la lui refuse. Or l'*actio furti* comme l'interdit est donnée dans l'intérêt de la propriété, et tous deux sont, en vue de cette dernière, restreints aux

1. L. L. 11, 12, § 1, 14, § 4. 71 § 1, 76, § 1 (47-2).
2. L. 16, § 1 (47-2).
3. L. 40, § 4 et 7 (47-2).
4. Ihering, *loc. cit.*, p. 57.

Digitized by Google

questions de fait sans exiger aucune preuve sur le fond du droit. C'est ainsi que l'interdit, introduit en faveur des gens honnêtes, se trouve profiter aux gens de mauvaise foi ; il ne pouvait atteindre le premier but qu'en subissant la seconde conséquence ; pour exclure les possesseurs malhonnêtes il faudrait se livrer aux investigations que, dans l'intérêt même de la propriété, on a voulu éliminer ; c'est ce qui se présente aujourd'hui encore au sujet des titres au porteur qui, en vue de satisfaire à un intérêt général et à un intérêt honnête, peuvent faciliter les gains injustes et les appropriations déloyales ; les mêmes raisons ne devaient-elles pas exiger, lorsqu'un vol avait été commis, que le voleur ne pût discuter le titre ni l'origine de la possession appartenant à celui qu'il avait dépouillé ? Elargissant la question, Ihering se demande si même pour les actions qui appartiennent au propriétaire, en tant que propriétaire, comme la *condictio furtiva*, il y avait véritablement lieu d'exiger de celui qui les intente la preuve de son droit ; et il arrive à cette conclusion que pour ces deux sortes d'action la preuve de la question de fond n'était pas une condition préalable de l'action, mais se trouvait imposée au voleur qui objectait le défaut de droit ou de qualité. En ce qui touche l'*actio furti*, la chose est certaine il s'agit d'une fin de non recevoir à l'action, l'adversaire doit donc en établir l'existence ; de plus la mauvaise foi ne se présume pas, c'est donc au voleur à prouver que celui qu'il a dépouillé était lui-même un possesseur malhonnête et que l'*intéressé* fait défaut (1). Pour ce qui est de la *conditio furtiva*, Ihering combat ce principe, trop absolu que toutes les conditions positives d'une action doivent être établies au préalable par le demandeur, sans bénéficier jamais d'aucune présomption qui en transporte la preuve à la charge du défendeur. Il s'autorise de l'exemple de la *condictio mutui* pour laquelle assurément le demandeur n'est pas obligé d'établir qu'il avait la propriété des deniers livrés à l'emprunteur. De même en sera-t-il dans la *condictio furtiva*, le réclamant n'a pas à établir au préalable son droit de propriété. C'est au voleur, s'il le lui conteste à faire la preuve de ce moyen de défense.

Quoiqu'il en soit de cette atténuation qui ne touche qu'à la preuve, il subsiste tout au moins entre les actions possessoires et celles qui sont nées du *furtum* cette différence capitale ; c'est que dans celle-ci le défendeur, même sa mauvaise foi certaine, peut toujours écarter l'action et se soustraire à la *condemnatio* en prouvant le défaut d'intérêt honnête, s'il s'agit de l'*actio furti* ; le défaut de droit, s'il s'agit de la *condictio*. La question pour être atténuée n'est donc pas supprimée. Ihering la résout de cette façon : « Dans les actions *delicti* l'auteur du délit qui a restitué la chose volée au propriétaire supposé ou qui a presté une indemnité pour le dommage, n'est pas

1. Cf. L. 12, § 1 (47-2). Ihering, p. 49.

Digitized by Google

pour cela dégagé de sa responsabilité vis-à-vis du véritable propriétaire (1), et cette circonstance, si on lui refusait la preuve en question, l'exposerait au péril d'une double prestation. Le défendeur au possessoire n'a jamais à craindre un pareil danger. La restitution de la possession au demandeur, même non-propriétaire, et le cas échéant, la cessation de tout trouble ultérieur le mettent à l'abri de toute nouvelle action tirée de son fait (2). » Nous pourrions ajouter à cette explication que cette différence s'explique plus aisément encore par le but différent des deux actions; toutes deux sans doute ont en vue l'intérêt de la propriété, mais l'une vise la question d'existence, l'autre n'a trait qu'à ses privilèges et dépendances accessoires. L'interdit veut rétablir l'état de fait, parce que de lui peut défendre le maintien de l'état de droit, et dès lors aucune considération étrangère ne peut porter atteinte à la réalisation de ce but capital; le rétablissement de l'état de fait antérieur devra être assuré à tout événement sans que l'on puisse objecter que le possesseur était de mauvaise foi, car il s'agit de l'existence même de la propriété en général et pour que celle-ci soit garantie à tous il faut s'exposer à en assurer les apparences et le bénéfice, au moins momentané, même au voleur. L'*actio furti* au contraire n'a pas pour but de consolider la propriété qui appartenait à la personne volée; mais de lui assurer une réparation souvent excessive, il s'agit donc uniquement d'un apanage et d'une faveur attribuée à la propriété et à la bonne foi à l'encontre de la déloyauté; on avait le droit d'être plus rigoureux, et la preuve que l'on impose ou que l'on fait subir au demandeur ne touche plus à la question d'existence du droit, il n'y a plus à craindre qu'elle puisse en ébranler la sécurité. Si donc le voleur victime *d'un vol* veut rester sur le terrain du fait, il a, comme tous les autres possesseurs, le remède commun à tous, qu'il recourre à l'interdit *utrubi*, il triomphera et l'état de fait antérieur sera rétabli à son profit, sauf au propriétaire légitime à le poursuivre à son tour; mais si, délaissant ce terrain, il veut de plus s'assurer une réparation et mettre en avant son intérêt lésé, on a le droit de lui demander compte de cet intérêt et de le repousser, s'il repose lui-même sur un délit; enfin si, celui qu'il a dépouillé est mort, et que voulant poursuivre même ses héritiers, il se pose comme propriétaire et intente la *condictio*, ceux-ci seront assurément en droit d'exiger la preuve de cette prétention; il n'y a rien, dans cette analyse, et ces distinctions correspondant à des exigences nouvelles, il n'y a rien qui ne soit fort équitable, il n'y a rien surtout qui puisse être un danger pour la stabilité des propriétés : celle-ci reste assurée au moyen de la théorie possessoire, seule chargée de cet intérêt primordial.

1. L.,86, § 1 (*41*, 2).
2. Ihering, *loc. cit.*, p. 50.

Digitized by Google

CHAPITRE III

EFFETS ET CONSÉQUENCES INDIRECTES DE LA POSSESSION DES MEUBLES

PREMIÈRE SECTION

DE L'USUCAPION

110. — Nous avons vu la possession garantie pour elle-même ; nous avons constaté quelles étaient ses conditions d'existence et quelles précautions avaient été prises pour en assurer la conservation. Elle existe donc, elle est armée pour se défendre et se maintenir ; quels seront alors ses effets ? Il en est un, signalé dès le début de cette étude comme l'explication même de la théorie des interdits possessoires, c'est le rôle qui lui est assigné dans le procès sur la propriété. La possession a les avantages de la discussion et reste maîtresse du terrain, c'est-à-dire est admise comme étant la propriété elle-même tant que l'adversaire n'a pas établi la preuve contraire. Ainsi donc un premier effet de la possession est de faciliter la preuve de la propriété Mais il y a plus, nous devons la considérer comme fondant la propriété elle-même ; cette attribution lui est réservée dans plusieurs des modes les plus importants admis pour la transmission du droit de propriété, l'occupation, la tradition, l'usucapion ; cependant pour ce qui est des deux premiers, l'effet de la possession est dû surtout à des considérations qui lui sont quelque peu étrangères ; dans la première on s'attache avant tout à la convention qui a servi de base au fruit matériel de la livraison ; tout ce que l'on peut dire, c'est que le droit romain n'admit jamais que le simple consentement suffit à lui seul, sans la prise de possession, pour transférer la propriété ; dans la seconde, la circonstance que la chose est *res nullius* et qu'il n'existe à son égard aucun droit supérieur de propriété, est avant tout la raison d'être de l'effet qui est attribué à la possession. Il n'y a rien dans toutes ces applications qui ajoute quelque idée nouvelle à la théorie possessoire.

111. — Il n'en est plus de même à propos de l'usucapion ; la théorie possessoire apparaît ici sous une face nouvelle : la possession, parce qu'elle est la possession, entourée, il est vrai, de certaines qualités spéciales, va conduire à la propriété. Avec les interdits elle facilitait la preuve du droit, avec l'usucapion

Digitized by Google

elle la supprime ; le possesseur, que nous supposons d'ailleurs légitime propriétaire, a-t-il possédé de bonne foi pendant un délai déterminé, sa preuve est faite, et son droit assuré; la préoccupation de la loi reste la même, assurer la stabilité de la propriété en général, et pour atteindre ce but, mettre autant que possible les faits d'accord avec le droit; la possession, c'est l'état de fait, c'est la propriété telle qu'elle apparaît extérieurement, telle qu'elle existe pour les tiers ; or, pour que ceux-ci ne soient pas exposés à des surprises funestes, il est avantageux que cette propriété apparente soit promptement transformée en propriété incommutable; cependant ne va-t-on pas, pour atteindre ce résultat, violer la propriété actuelle et dépouiller des droits existants? C'est là sans doute l'effet, non plus dissimulé à regret comme au cas d'interdit, mais avoué de l'usucapion ; cependant ici encore ces menaces admises à l'égard de la propriété négligente ont cependant en vue la propriété actuelle elle-même, puisqu'elles ont pour résultat de la consolider lorsqu'elle existe déjà par ailleurs, et de lui enlever le fardeau complet de la preuve ; ici encore, pour assurer le respect de la propriété en général on s'expose à certaines violations du droit de propriété individuelle ; mais il y a cette différence avec les interdits, que ces violations sont franchement acceptées : c'est qu'en effet, entre un propriétaire qui néglige de se faire restituer son bien et celui qui a toute raison de se croire propriétaire, il arrive un moment où pour la bonne harmonie sociale et au point de vue de la justice rigoureuse elle-même, celui-ci doit être préféré à l'autre.

Ce point de vue d'ailleurs est le seul qui ait été accepté par les Romains ; ils ne prirent jamais en considération que la situation de celui qui avait juste motif de se croire propriétaire, et ne conçurent la prescription qu'en tant qu'elle repose sur la bonne foi.

Cette matière de l'usucapion est encore une de celles où, par suite de la nature des choses, il devait forcément s'établir quelques différences, au moins accessoires, entre meubles et immeubles. Il est d'utilité générale dans l'intérêt du commerce surtout que les conventions relatives aux choses mobilières, soient plus fermement assurées et plus promptement mises à l'abri de toute atteinte. C'est surtout sur ce point que nous devrons insister ; et cependant nous verrons combien la combinaison de certaines règles, celles relatives surtout au *furtum*, rendait peu fréquente et difficile l'usucapion des meubles. Après un exposé très succint de l'usucapion en général, nous insisterons seulement sur les règles spéciales admises en matière mobilière.

112. — L'usucapion avait à Rome deux buts quelque peu distincts ; le premier était de convertir la propriété bonitaire en *dominium ex jure quiritium* ; elle venait donc combler les lacunes du droit civil et protéger

Digitized by Google

le propriétaire dont le titre était incomplet faute d'avoir rempli toutes les formalités exigées pour l'acquisition de certaines choses, comme par exemple les *res mancipi*. En second lieu, elle transformait la possession de bonne foi en véritable propriété. Ayant pour but avant tout de suppléer à l'obstacle qui avait pu s'opposer au plein effet d'une transmission légitime, elle se plaçait exclusivement en présence des circonstances qui auraient dû rendre le possesseur propriétaire, si son auteur l'eût été ; de là ces deux conditions fondamentales, la *justa causa* et la bonne foi ; la troisième condition était la durée de la possession. La *justa causa* est donc l'ensemble des circonstances qui auraient légitimement rendu le possesseur propriétaire sans le défaut de droit de son auteur ; elle exige donc à la base, outre une tradition valable, un *negotium juris* qui explique celle-ci et lui serve de cause. La bonne foi, laquelle reste distincte de cette condition première, ne serait-ce qu'au point de vue de la preuve, est la croyance d'être vraiment propriétaire : c'est la possession légitimée dans l'esprit du possesseur ; si on ajoute la *justa causa*, on arrive à la possession légitimée à l'égard de tous ; dès lors que manque-t-il pour qu'elle soit vraiment la propriété, c'est que cette dernière par sa négligence ait perdu le droit de se dire telle ; en un mot il faut encore la durée de la possession. Ces trois conditions réalisées, la chose est acquise au possesseur de bonne foi, comme elle l'eût été par suite de la tradition qui en avait été faite en exécution d'une cause juridique antérieure ; ceci explique que la chose reste entre ses mains grevée de tous les droits réels dont elle était affectée et qui ne se trouvent pas éteints par l'accomplissement des délais spéciaux de non-usage ou d'usucapion qui leur sont propres.

113. — Cette institution toute de droit civil n'était pas à la portée des Pérégrins ; et même pour les Romains elle ne s'appliquait pas aux fonds provinciaux. Pour combler ces lacunes le préteur avait introduit en faveur du possesseur de long temps et de bonne foi un moyen de défense qui pût toujours le mettre à l'abri de la revendication du propriétaire. Ce moyen qui devait nécessairement être invqué au début de la formule, prit le nom de *præscriptio longi temporis* ; il requérait les mêmes conditions de fond ; la nature du délai fut cependant modifiée, comme nous le verrons, et les effets n'étaient plus les mêmes, puisqu'il ne s'agissait plus de faire revivre une tradition antérieure considérée comme mode d'acquisition mais de repousser au nom de l'équité une attaque injuste ; il en résulta également qu'elle s'opposait à l'exercice des droits réels affectant la chose ; mais en revanche elle n'appartenait qu'à celui qui avait la possession actuelle et matérielle, celle-ci disparue, l'ancien possesseur n'avait d'autre ressource que les interdits ; le préteur complèta son œuvre en lui donnant un *rei vindicatio utilis*. Sous

Digitized by Google

Justinien, les raisons qui avaient fait admettre ce dernier moyen de défense, avaient disparu ; on ne vit plus aucune utilité à cette dualité de ressources mises à la disposition du possesseur de bonne foi ; l'empereur opéra la fusion des deux institutions en une seule qui conserva le nom d'usucapion avec les principaux effets de cette dernière, tout en empruntant les délais spéciaux de la *præscriptio longi temporis*. Ce rapide exposé suffit pour nous permettre de comprendre les règles spéciales admises pour les meubles dans toute cette matière; c'est à cet examen que nous devons nous borner désormais.

RÈGLES SPÉCIALES AUX MEUBLES

114. — *Conditions étrangères à la chose elle-même.* — Les conditions mentionnées au paragraphe précédent sont le délai requis pour usucaper, la nécessité de la *justa causa* et de la bonne foi ; ces deux dernières sont les mêmes, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, nous devons ajouter aussi qu'elles ne reçurent aucune modification des diverses phases historiques par lesquelles passa l'usucapion ; on peut signaler sans doute une prescription trentenaire établie par Théodose le Jeune (1) dont l'effet est assuré en dehors de toute condition autre que la durée de la possession ; mais ce n'était là qu'un moyen de défense qui ne devint jamais un mode véritable d'acquisition de la propriété. La prescription, en tant qu'elle conduit à l'établissement d'un droit réel, était au contraire devenue postérieurement à la publication des Institutes plus rigoureuse encore au point de vue de l'exigence de la bonne foi, en ce sens, que, désormais on dut prendre en considération l'existence de cette condition non-seulement chez l'acquéreur, mais chez le possesseur lui-même qui transmet la chose ; décision qui resta inapplicable aux sous-acquéreurs, mais qui tendait assurément à rendre l'usucapion fort difficile (2). Cette permanence de la théorie ancienne à ce sujet ne doit pas étonner; le droit romain n'arriva jamais complètement à l'idée moderne fondamentale de la prescription ; alors qu'il n'y voyait qu'un effet de la bonne foi, nous en faisons une conséquence de la durée ; aussi n'y avait-il aucune raison pour que les conditions ou la nature de la bonne foi, celles également de la *justa causa*, qui, bien qu'indépendante de la première est exigée dans un but analogue, pussent être modifiées suivant qu'il se fût agi de meubles ou d'immeubles.

115. — Il n'en est plus de même du délai de l'usucapion ; il y avait à son abréviation un intérêt de la plus haute importance ; le meuble,

1. L. 3 Cod. (7, 39).
2. Nov. 119, Ch. 7.

Digitized by Google

par sa facilité de transmission est exposé à passer en bien des mains, entre sa disparition et son retour dans le patrimoine ; si donc il y revient par la revendication, celle-ci, par l'éviction qu'elle opère donne lieu à autant de recours en garantie successifs, qu'il y a eu d'acquéreurs intermédiaires ; le trouble causé est immense ; il importe donc d'éteindre au plus vite l'action du propriétaire. Enfin l'acquéreur d'un meuble n'a plus les mêmes facilités, que s'il s'agissait d'un immeuble, pour s'assurer du droit et des titres de son vendeur. La stabilité de la propriété exigeait à ce point de vue encore qu'on l'assurât d'une façon rapide et ferme. Aussi cette différence de délai existe depuis la plus haute antiquité ; nous la voyons mentionnée dans les XII Tables ; le délai est fixé par elles à deux ans pour les immeubles et un an pour les *ceteræ res* ; ces dernières comprirent dans leur généralité les hérédités et même au début, les édifices et maisons *ædes* (1). Cette dernière exception n'était que subtile, elle disparut promptement et l'opposition s'établit d'une façon générale entre les immeubles d'une part et les meubles de l'autre (2) ; cependant comme cette distinction ne comprenait pas, on le sait, tous les droits susceptibles de former des biens dans le patrimoine, on ne sera pas étonné que les hérédités fussent restées soumises au délai d'un an ; c'est la conséquence de la faveur qui, pour des raisons historiques toutes spéciales, tendaient à faciliter l'*usucapio pro herede* ; cette dernière fut plus tard prohibée, comme injuste, *improba* : mais le délai resta le même pour toutes les choses héréditaires ; s'il ne conduisait plus à l'acquisition même du titre d'héritier, il faisait acquérir la propriété de la chose possédée et cela par le délai d'un an, même s'il se fût agi d'immeubles. Ce délai pouvait être complété au moyen de la possession antérieure de celui qui avait transmis la chose au possesseur actuel ; mais il fallait que la possession dont on se prévalait eût été entourée chez le précédent possesseur de toutes les conditions exigées pour l'usucapion, que celui-ci par conséquent eût été placé *in causa usucapiendi* ; il fallait en outre qu'il n'y eût aucune solution de continuité entre les deux possessions, sinon l'usucapion se fût trouvée interrompue ; c'est afin d'éviter cette déchéance que l'on avait étendu à la possession elle-même la fiction de la personnalité de l'hérédité jacente, de telle sorte que l'héritier mis en possession se trouvait continuer une possession qui n'avait jamais été perdue et pouvait invoquer l'*accessio possessionum*.

116. — Le système du double délai n'existait plus au même point de vue dans la *prescriptio longi temporis* ; la distinction, au lieu d'être fondée sur la qualité de meubles ou d'immeubles avait pour base, à quelque bien qu'elle

1. Cic. *Top.* 4 *pro Cæcin.* 19, Gaius II, § 42-54.
2. Gaius II., § 45.

Digitized by Google

s'appliquât, le plus ou moins d'éloignement du propriétaire revendiquant ; 10 ans entre présents et 20 ans entre absents ; s'agissait-il du rapport de situation entre le propriétaire et la chose revendiquée ou de celui pouvant exister entre les deux adversaires ? Exigeait-on pour le délai minimum la présence à ce double sens ? Les deux questions furent controversées jusqu'à Justinien qui, lors de la fusion opérée par lui, les trancha nettement en décidant qu'il s'agissait seulement de la présence dans la même province du propriétaire et du possesseur ; nous croyons en effet qu'il dut toujours en être ainsi, cela non en raison, car la logique exigerait surtout qu'on prît en considération la situation de la chose, mais d'après la nature de la *prescriptio* ; celle-ci n'est pas un mode d'acquérir fondé sur la négligence du propriétaire relativement au bien qui lui appartient, mais un moyen de défense pour repousser une action tardive ; on s'attache donc uniquement aux difficultés qui ont pu légitimer ce retard, et la principale est assurément l'absence de l'adversaire ; cette raison existait, quelle que soit la nature du bien, et voilà pourquoi le préteur applique ces délai sans distinction aux meubles et immeubles. Ajoutons que pour les premiers la controverse que nous avons signalée ne pouvait que fort difficilement s'élever et de fait elle n'exista pas ; car ces biens n'ayant pas de situation fixe, il était impossible de faire dépendre le délai de *prescriptio* d'un rapport susceptible de varier si souvent (1).

117. — Dans la nouvelle *usucapion* de Justinien, la distinction entre absents et présents est restreinte aux immeubles pour lesquels on conserve les délais prétoriens de 10 et 20 ans ; le délai pour les meubles est fixé d'une façon absolue à trois ans. On comprend cette différence, s'agissant désormais d'un mode d'acquérir ; mais ce que l'on conçoit moins au premier abord, c'est cette prolongation de l'ancien délai en matière mobilière ; les raisons précédemment indiquées expliquent qu'elle dut être fort nuisible au commerce ; on ne peut en trouver le motif que dans le désir de faire concorder l'extinction des droits réels accessoires avec celle du droit de propriété ; cette raison est sans doute, dans une large mesure, applicable à l'usufruit lequel s'éteignait par le non-usage de 3 ans ; mais reste étrangère à l'hypothèque qui peut grever une chose même mobilière et subsister encore pendant près de vingt ans, c'est-à-dire fort longtemps depuis que la propriété s'est éteinte au préjudice de l'ancien possesseur et au profit du nouveau. Le meuble garde donc entre les mains de celui-ci l'hypothèque qui le grève : c'est une conséquence grave en matière mobilière.

1. C. L. 12, Cod. 7, 33.

Digitized by Google

Conditions inhérentes à la qualité de la chose elle-même.

Parmi les conditions extrinsèques tenant à la qualité de la chose, il en est qui se réfèrent à certains biens déterminés sans distinction entre les meubles et les immeubles ; telles sont par exemple l'impossibilité d'usucapion relative aux *res mancipi* appartenant à une femme en tutelle, ou aux biens du mineur (1), celle relative aux biens de fisc et aux choses hors du commerce ; ces questions restent en dehors du notre sujet ; mais il est une condition importante qui dans ses termes rigoureux n'est applicable qu'aux choses mobilières, c'est celle qui se rapporte au *furtum*. *Rei Furtivæ æterna auctoritas esto* ; avaient dit les XII Tables avec cette concision qui semble emprunter quelque chose de l'airain sur lequel elles étaient gravées, et qui devait en assurer la conservation à perpétuité. Cette anathème qui frappe la chose elle-même, qui la suit partout où elle passe, s'harmonise merveilleusement avec la rigueur extrême avec laquelle le droit de cette époque sévissait contre le voleur lui-même.

118. — Ce système témoigne de l'importance qu'on attribuait alors à la possession des choses mobilières en même temps qu'il indique un état social encore primitif et troublé. Une Loi Atinia rendue vers l'an 197 (av. J. Ch.) renouvela cette prohibition et fut reproduite par Justinien. Il existe à son sujet une controverse d'importance secondaire sur le point de savoir ce qu'elle vînt ajouter la disposition des XII Tables ; Heineccius et Pothier pensèrent que celles-ci ne défendaient l'usucapion qu'au voleur et que la loi nouvelle rendit la prohibition tirée du vol opposable même au sous-acquéreurs de bonne foi ; cette opinion est fort douteuse, et nous préférons l'explication de Cujas (2), qui conclut de la comparaison entre différents textes de Paul (3), que la loi Atinia est venue consacrer la disparition du vice de la chose volée par son retour aux mains du propriétaire. Pour ce qui est des immeubles, le *furtum* ayant été reconnu non applicable à leur égard, deux lois, les lois Julia et Plautia, furent rendues pour interdire l'usucapion des immeubles *vi possessi* (4).

Le vice tiré du vol fut également admis par le préteur comme faisant obstacle à ce que le possesseur pût invoquer la *prescriptio longi temporis* le même effet fut consacré avec la même énergie sous l'empire de la nouvelle usucapion. Nous n'avons donc pas dans l'étude de cette matière à séparer

1. Constitution de Théodose le Jeune L. 3 Cod. (7, 39).
2. Cujas, *ad. inst.* II, 6.
3. L. 4. (41-3) § 6. L. 215, (50, 16). L. 23, pr. 41,3.
4. L. 38, 41, 3. Gaius, II, § 51. Aul. Gel. XI, 18.

Digitized by Google

l'ensemble de nos explications ; il nous suffira, nous plaçant sous la dernière période, sous Justinien, d'étudier quelle était la nature de l'obstacle apporté à l'usucapion des choses mobilières.

119. — Deux observations préalables sont nécessaires ; c'est d'abord que le vice dont il est question, suppose un *furtum ipsius rei* ; le *furtum usus* ou *possessionis* ne s'attaquant pas à la propriété elle-même, il ne pouvait mettre obstacle à ce que celle-ci pût être acquise par l'usucapion. La seconde observation suggérée par les textes, est qu'il n'y a pas corrélation absolue entre l'existence de l'*actio furti* et l'impossibilité d'usucaper ; la première pouvait exister sans la seconde ; c'est ce qui arrive, par exemple, pour certaines personnes dont l'usucapion est impossible pour des raisons tirées de leur personnalité même et qui pourtant peuvent être l'objet d'un vol sanctionné par l'*actio furti*, ainsi le fils de famille, la personne *in mancipio*, le *judicatus*, etc. (1). Inversement l'*actio furti* peut être refusée alors même que la chose est devenue furtive au regard du possesseur qui voudrait invoquer l'usucapion ; c'est ce qui arriverait pour le vol commis par le fils de famille ou la femme *in manu* (2).

120. — Ces remarques faites, nous pouvons nous rendre exactement compte de l'étendue de l'obstacle que cette règle apportait à l'usucapion des meubles. Justinien insiste longuement sur ce point, en nous avertissant que la prohibition créée par la loi des XII Tables et la loi Atinia ne s'adresse pas au voleur lui-même, déjà écarté par sa mauvaise foi, mais aux sous-acquéreurs, aux tiers de bonne foi. Or, comme nous l'avons vu, la notion du *furtum* a une complexité très étendue ; de sorte qu'il est difficile de supposer un détournement, une soustraction d'un objet mobilier qui ne rentre dans sa généralité ; il suit de là que l'usucapion d'un meuble devient presque impossible, puisqu'il n'a pu sortir du patrimoine que par l'infidélité d'un détenteur ou d'un mandataire et que ce délit constitue un vol dont le vice suit la chose en quelques mains qu'elle passe. L'atténuation réside dans cette règle que le *furtum* exige outre l'élément matériel, l'élément intellectuel constitutif de la fraude. et qu'il est possible de supposer que le meuble soit négocié et sorte du patrimoine par le fait d'un tiers, sans qu'il y ait fraude de la part de celui-ci, sans qu'il y ait l'*animus furandi*. Tel est l'exemple si souvent cité de l'héritier qui trouvant dans la succession un meuble qu'il croit être la propriété du défunt tandis qu'il constituait un dépôt l'aliène et le vend comme sien ; le tiers acquéreur pourra usucaper ; tel est celui de l'usufruitier qui, par ignorance du droit, croit que

1. Gaius, III, § 199.
2. Inst. IV, 1, § 12.
3. Gaius, II, § 50. Inst. II, 6, § 4.

Digitized by Google

le part de l'esclave lui appartient à titre de fruit et l'aliène ; celui enfin d'un mandataire vendant la chose dans l'ignorance de la révocation de ses pouvoirs (3) ; il est bien certain d'ailleurs, que ces exemples ne sont pas les seuls. Nous pouvons entr'autres faire de cette règle une application importante au sujet des choses perdues. Nous avons vu, à propos du *furtum*, que celles-ci ne devaient pas être confondues avec les *res derelictæ*, qui sont les choses délaissées par la propriétaire avec l'intention d'en abandonner la propriété. Celui qui s'empare des premières sachant qu'elles doivent appartenir à autrui commet un vol dont le vice suit la chose dans toutes ses transmissions successives ; mais s'il l'a croit *derelicta*, il ne peut commettre de *furtum*, l'*animus furandi* faisant défaut ; il reste bien incapable d'usucaper, faute de *justa causa* ; mais ses ayants-cause, les tiers acquéreurs pourront commencer un usucapion utile (1). On voit par là que la perte de la chose n'était pas assimilée au vol, et ne constituait pas un vice réel, opposable aux tiers, comme cela existe dans le système de l'article 2279. Quant aux *res derelictæ*, elles pouvaient toujours donner lieu à une usucapion valable dans le cas où la simple prise de possession n'en faisait pas acquérir immédiatement la propriété ; ainsi il n'y avait jamais lieu à l'usucapion dans la doctrine sabinienne qui admettait la perte immédiate de la propriété du moment même de la *derelictio* et par suite ne pouvait exiger aucune forme pour l'acquisition de la chose abandonnée quelle qu'en soit la nature et la qualité ; dans la doctrine proculienne adoptée par Justinien, la prise de possession étant assimilée à une tradition se liant à la *derelictio* elle-même, elle se trouve insuffisante à l'égard des *res mancipi* dont la propriété quiritaire ne saurait être acquise par la simple tradition. Celui qui trouvait la chose pouvait alors invoquer, à titre de *justa causa*, la *derelictio* elle-même considérée comme *traditio incertæ personæ* et transformer dans ce cas la propriété d'ordre inférieur qu'il avait acquise en propriété quiritaire ; mais encore fallait-il que le nouveau possesseur eût pu croire la chose réellement *derelicta* ; sinon la bonne foi eût fait défaut ; si même à ce moment le *derelinquens* eût repris l'*animus domini* et que ce fait fût connu de celui qui trouve l'objet, il y aurait, dans la doctrine proculienne, lieu au *furtum* et vice réel imprimé à la chose (2). Nous savons qu'on admit par faveur pour la propriété, que la fuite de l'esclave constituerait de la part de ce dernier un véritable *furtum* sur lui-même ; ou du moins qu'elle aurait cette qualité toutes les fois que le maître y trouverait son avantage ; mais qu'elle ne pourrait être invoquée contre celui-ci ; c'est ainsi qu'étant *res*

1. L. 9, § 8. L. 5, § 6 (41, 7). L. 43, § 4. L. 7 (47, 2). L. 5, (41, 2). L. 6 et 7 (41, 7). L. 21, § 1 et L. 2 (41, 2). L. 43, § 11 (47, 2). L. 43, § 6 (47, 2).
2. L. 4 et l. 5, § 1 (41, 7). L. 43. § 5 (47, 1). Accarius, t. Ier, 1re édit. p. 508 à 505.

Digitized by Google

furtiva, personne ne peut l'acquérir par l'usucapion ; et cependant le précédent possesseur n'en continuerait pas moins l'usucapion commencée à son sujet (1). Le colon fugitif fut soumis aux mêmes règles (2).

L'application des règles que nous venons d'exposer donna lieu à quelques difficultés relativement aux accessoires de l'objet volé. S'il s'agit de simples fruits ils deviennent furtifs, s'ils ont été séparés et recueillis par le voleur lui-même ; recueillis par la possesseur de bonne foi, ils lui sont acquis en toute propriété ; et il ne peut être question d'usucapion. Si le possesseur était de mauvaise foi, il ne pourrait par le fait même usucaper (3). Il y avait des règles spéciales pour le part de l'esclave et les autres produits autres que les fruits.

121. — *Part de l'esclave volée.* — Le part de l'esclave était-il une partie de l'esclave elle-même et par suite participant de sa propre qualité, en était-il au contraire indépendant ? Dans le premier cas, le part étant un produit lequel, contrairement aux simples fruits, n'appartient pas de plein droit au possesseur de bonne foi, mais doit être usucapé, on devrait conclure à l'impossibilité de l'usucapion, pour vice de vol ; dans le second, la question se poserait uniquement au point de vue de l'existence de la *justa causa*. Voici les solutions qui ont été admises sur ce point par les jurisconsultes : la conception de l'esclave avait-elle eu lieu chez le voleur, le part, considéré comme partie intégrante de la mère, empruntait sa qualité indélébile de *res furtiva* et par suite ne pouvait être usucapé, même par un acquéreur de bonne foi chez lequel aurait eu lieu la naissance, après vente de l'esclave furtive. La même solution serait admise *a fortiori* si l'enfant était né chez le voleur quoique conçu chez le véritable propriétaire ; le vol de la mère rejaillit sur l'enfant, et celui-ci se trouve à sa naissance affecté du caractère qui appartient à sa mère, il est *res furtiva* ; donc échappe à toute usucapion par les tiers acquéreurs. Cette double solution consacre donc le principe de l'identité de personnes entre le part et l'esclave furtive. Scévola avait essayé cependant de faire prévaloir celui de l'indépendance de l'enfant même avant sa naissance ; il proposait donc de décider que l'enfant conçu chez le voleur et né chez son héritier pourrait être usucapé. Cette doctrine fut unanimement repoussée (4), comme l'indique en dernier lieu une constitution d'Alexandre Sévère qui exige formellement pour que l'usucapion soit possible que la conception n'ait pas eu lui chez le voleur (5).

1. L. 1, Code 61. 1. L. 17, § 3. L. 36, p. 47. 2. L. 60.
2. L. 23, p. Code (11, 44).
3. L. 4, § 19, (42, 2). L. 48, § 2, (41, 1).
4. L. 48, § 5, (47, 2). L. 10 § 2, (41, 3). L. 33, p. (41, 3).
5. L. 3, Cod. 7, 26.

Digitized by Google

122. — La seconde face de la question se présente si l'on suppose l'enfant conçu et né chez l'acquéreur de bonne foi; suffira-t-il qu'il ait été conçu par une mère furtive, même en dehors de la possession du voleur, pour qu'il participe lui-même de ce caractère ? Il semble bien que la théorie de la confusion de personnes poussée à ses limites extrêmes dût conduire à cette conséquence ; et nous croyons qu'elle fut admise par Paul (1). Il nous apprend en effet, d'après l'opinion de Cassius et Sabinus, que l'*ancilla* furtive donnée au maître par un de ses esclaves en échange de la liberté de celui-ci, ne peut concevoir chez lui qu'un part furtif. On a expliqué cette décision en arguant du défaut de *justa causa*, la possession de l'*ancilla* résultant d'une convention entre le maître et l'esclave laquelle n'a pu être génératrice d'obligation. Mais il faut remarquer que Paul ne donne pas cette raison, mais se fonde sur ce motif que le maître a continué la possession vicieuse qui appartenait à son esclave ; et que bien plus il donne une solution semblable pour le cas où un tiers, et non plus un esclave, lui eût donné l'*aucilla* furtive sous condition qu'il affranchirait tel de ses esclaves ; c'est un échange qu'on lui propose, entre hommes libres il vaut comme *justa causa* et pourtant la conception de l'*ancilla* chez son nouveau maître, possesseur de bonne foi, ne pourra engendrer qu'un part qualifié de furtif et non susceptible d'usucapion. Nous devons dire cependant que cette solution n'a pas prévalu ; et que l'on admit généralement que la conception chez le possesseur de bonne foi n'imprimerait pas le caractère de *res furtiva* au part qui en proviendrait. C'est alors que se posait la question relative à la *justa causa* ; si le part n'est pas furtif, il peut être usucapé, mais à quel titre le serait-il ? Julien fit prévaloir la doctrine suivante ; c'est que le part pourrait être usucapé au même titre que la mère aurait pu l'être si elle n'était pas furtive ; en un mot la *justa causa* relative à l'acquisition de la mère et impuissante à servir à son usucapion, vaudra pour l'usucapion de l'enfant. Il allait même jusqu'à appliquer cette solution à la première hypothèse visée par Paul dans la loi que nous avons citée, celle où l'*ancilla* furtive a été donnée par l'esclave en vue de son affranchissement ; il voyait dans ce contrat une sorte de vente dans laquelle l'esclave affranchi donnait une *ancilla* pour prix de sa liberté, et dès lors il permettait l'usucapion du part au titre *pro emptore* (2). Cette théorie l'emporta comme le montre la constitution d'Alexandre Sévère insérée au Code de Justinien (3). Signalons cependant une exception qui se maintint à l'encontre de l'héritier du voleur ; même si l'esclave eût conçu chez l'héritier, le part restait furtif, pour cette raison donnée par les textes que le nouveau possesseur avait suc-

1. L. 4, § 16, et 17, (41, 3).
2. L. 10, (41, 4).
3. L. 3, Cod. (7, 26.)

Digitized by Google

cédé à la possession vicieuse du voleur (1). C'est la raison que Paul voulait étendre à d'autres cas de succession à titre particulier, ce qui ne fut pas admis.

123.— Cette double règle, ainsi posée dans son principe, doit être combinée dans ses applications avec la disposition relative à la perte de la bonne foi. Est-il nécessaire que celle-ci subsiste encore au moment de la naissance? Doit-elle se maintenir jusqu'à l'achèvement de l'usucapion du part? La première question fut tranchée dans le sens de l'affirmative; la seconde donna lieu à quelques dissidences, bientôt ramenées du reste à une solution que nous croyons avoir été unanime.

Ainsi donc en premier lieu, il faut que le nouveau possesseur chez qui a lieu la naissance ignore encore que la mère ne lui appartenait pas; c'est qu'en effet l'usucapion de l'enfant commence au jour de sa naissance et non à celui de l'acquisition de la mère; or c'est donc à la première date et non à la seconde que se place la nécessité de la bonne foi; de plus l'absence de bonne foi peut équivaloir dans bien des cas au défaut de *justa causa*; en réalité le système de Julien sur l'effet de la *justa causa* relative à l'acquisition de la mère, était loin d'être accepté sans restriction, et le plus généralement on admettait que le part était usucapé au titre *pro suo*; or pour invoquer ce titre, il faut avoir juste cause et se croire propriétaire de la chose ayant donné naissance au produit qui est l'objet de l'usucapion : cette condition se trouve donc faire défaut (2). La nécessité de la bonne foi au jour de la naissance semble cependant contredite par Papinien, tout au moins pour le cas où la mère est une *ancilla aliena*, sans que le texte précise qu'il fût question d'une esclave volée (3); il en décide ainsi sans doute en considération de la *justa causa* qu'il classe non plus au titre *pro suo*, mais, comme le voulait Julien, au titre même indiqué par le *negotium juris* en vertu duquel la mère a été acquise : *Etsi possessionis, non contractus initium... inspici placet, nonnumquam tamen evenit, ut non initium præsentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis... inspiciamus, veluti circa partum ejus mulieris*, etc. (4). De plus on fait remarquer qu'il s'agissait d'une esclave *aliena* mais non furtive; il nous semble cependant que cette circonstance ne peut faire échec au principe que la bonne foi est requise au moment où commence l'usucapion. Aussi croyons-nous que l'opinion de Papinien resta isolée, comme elle l'est dans l'ensemble des textes.

1. L. 4, § 15 (41, 3). L. 11, § 2 (6, 2).
2. Cf. l. 4, § 18 (41, 3). L. 33 (41, 3). L. 2 (41,10).
3. L. 44, § 2 (41,3). L. 13 (41,4).
4. L. 44, § 2 (41, 3).

Digitized by Google

124. — La seconde question fut plus vivement controversée ; le principe est que l'usucapion commencée, il n'y peut être mis obstacle par la survenance de la mauvaise foi ; fallait-il donc exiger, pour le part de l'esclave furtive, le maintien de la bonne foi jusqu'à ce que celui-ci fût usucapé ? Pomponius l'affirme mais en faisant suivre cette assertion de restrictions telles, qu'elles suffisent à démontrer le peu de solidité de cette dérogation aux principes ; il admet en effet l'usucapion, malgré la mauvaise foi survenue, si le possesseur, qui vient à apprendre que l'esclave était *aliena*, ne peut découvrir le nom du propriétaire, ou si, le sachant, il n'a pu l'avertir, ou enfin, si l'ayant informé, celui-ci n'a pas tenu compte de l'avertissement. En dehors de ces circonstances la possession devient clandestine ; doctrine assurément toute nouvelle et contraire aux principes en matière d'usucapion. On a pu croire qu'elle était admise par Ulpien qui exige pour un cas spécial la bonne foi maintenue au-delà de la naissance. Mais l'objection tombe si l'on remarque que dans l'espèce citée, il s'agissait d'une esclave donnée à titre gratuit (1) ; or pour l'usucapion *pro donato*, on était généralement d'accord pour exiger que la bonne foi se perpétuât pendant toute la durée de l'usucapion (2). Ulpien d'ailleurs se trouverait, s'il admettait l'opinion de Pomponius, en contradiction avec lui-même puisqu'il déclare formellement (3) que la survenance de la mauvaise foi ne suffit pas à rendre la possession clandestine.

125. — *Croît des troupeaux volés.* — Ici il ne peut plus être question d'usucapion, mais d'acquisition immédiate ; car les petits des animaux sont, non pas des produits au sens spécial du mot, mais des fruits ordinaires qui appartiennent, par le fait même de leur naissance, au possesseur de bonne foi ; si celui-ci, lorsqu'ils viennent à naître et qu'il les recueille, est de mauvaise foi, cette circonstance s'oppose aussi bien à l'usucapion qu'à l'acquisition immédiate ; de sorte que c'est uniquement au point de vue de cette dernière que devons nous, semble-t-il, nous demander quelle peut être l'influence du vice de vol dont l'animal se trouve affecté. Faut-il donc pour que les petits de l'animal volé fussent acquis au possesseur de bonne foi, que la mère ne se fût pas trouvée grosse chez le voleur ? Ce serait une prétention étrange dans une matière où il s'agit de consacrer l'effet direct de la bonne foi, où par conséquent celle-ci ne peut recevoir aucune atteinte ni participer d'aucune suspicion par suite de ce fait que la chose possédée a pu être jadis l'objet d'un vol. Ce délit peut être pris en considération, comme un vice existant *in rem*,

1. L. 11, § 3 (6, 2).
2. L. unic. Cod. (7, 31).
3. L. 6 (41, 2).

Digitized by Google

lorsque la propriété de la chose volée ne pouvant être acquise immédiatement, il convient de déterminer les circonstances qui permettront d'enlever au véritable propriétaire ses droits sur la chose qui lui a été soustraite : cet examen ne peut avoir lieu d'une façon utile et en temps opportun, si déjà, par le fait même de son existence séparée et de son individualité propre, la chose se trouve acquise en toute propriété au possesseur de bonne foi.

126.— Cette exigence ne fut certainement pas admise et les textes disent au contraire formellement que le vice qui serait capable de s'opposer à l'usucapion est sans influence au point de vue de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (1). Cette doctrine ne fait aucun doute ; c'est celle des textes, et celle de la raison. Cependant contre cette affirmation on peut relever un texte d'Ulpien dont la corrélation reste un problème presque insoluble non seulement en ce qu'il est en désaccord avec la théorie reçue, mais qu'il se trouve presque en contradiction avec lui-même. Après avoir exigé pour l'usucapion du part de l'esclave volée que la conception ait eu lieu chez le possesseur de bonne foi, le jurisconsulte ajoute : et il en sera de même pour le croît des troupeaux (2). Puis le paragraphe suivant continue : Si l'animal est une *res furtiva*, le croît n'en devient pas moins la propriété immédiate de l'acquéreur de bonne foi ; parce qu'il constitue un fruit, tandis que le part de l'esclave est un produit. La contradiction entre les deux parties du texte semble bien inévitable ; on a essayé d'un moyen radical, beaucoup trop facile pour être toujours légitime ; on a introduit dans la première phase une négation ; d'autres moins hardis lui ont donné une tournure interrogative ; si bien que pour les premiers Ulpien nierait l'assimilation entre le croît et le part, et pour les seconds il la mettrait en doute. Cette correction est assurément injustifiée ; tout ce que l'on peut dire c'est que le jurisconsulte en parlant dans la seconde phrase de l'acquisition immédiate du croît par opposition à l'usucapion nécessaire du part, s'est référé au cas où d'après le paragraphe précédent cette acquisition pourrait avoir lieu ; il signifierait donc que dans le cas où le croît de l'animal volé peut être acquis au possesseur, ce qui a lieu lorsque la mère est devenue grosse chez celui-ci, l'acquisition est immédiate au lieu de se faire par l'usucapion. Cette explication qui est plausible n'aboutit qu'à mettre le texte d'accord avec lui-même, sans lever la contradiction existant entre l'opinion qu'il émet et la doctrine universellement admise. A notre avis cette conclusion est cependant légitime et semble même s'appuyer sur un texte de Paul qui, tout en donnant l'opinion contraire, paraît la faire suivre

1. L. 48 pr. (41.1).
2. L. 48 § 5 (47, 2).

Digitized by Google

d'une certaine affirmation plus énergique dont la forme indiquerait l'existence d'une controverse (1) à ce sujet. Il n'est rien d'étonnant que le rapprochement naturel entre le croît des animaux et le part de l'esclave ait conduit tout d'abord à lui appliquer des règles similaires et que la doctrine contraire ait ensuite définitivement triomphé.

127. — Quant à la contradiction que l'on pourrait reprocher à Justinien d'avoir laissé subsister au Digeste, elle peut s'expliquer de cette façon. Ulpien dans la première phrase dans laquelle il assimile le croît au part de l'esclave, se place uniquement au point de vue de l'usucapion, et son assertion serait assurément fort juste et devrait être admise si l'on pouvait trouver un cas où le possesseur de bonne foi pût avoir à usucaper les simples fruits comme il doit le faire pour les produits extraordinaires de la chose possédée; ce cas difficile, pour ne pas dire impossible à rencontrer à l'époque classique, si l'on admet l'opinion générale que l'acquisition résulte de la simple séparation, peut être fréquent sous Justinien depuis la réforme opérée en matière de revendication par analogie de ce qu'avait admis le sénatus-consulte d'Hadrien à propos de l'hérédité. Désormais les fruits doivent être rendus par le possesseur même de bonne foi s'ils subsistent encore en nature lors de la restitution de la chose au propriétaire; le possesseur ne les a donc pas acquis par le fait seul qu'il les a récoltés ou recueillis de bonne foi; mais au moins faut-il admettre que dans ce cas il peut les usucaper, comme les produits eux-mêmes, au titre *pro suo*. Dès lors s'il est question d'usucapion il faut admettre, pour reconnaître au croît du troupeau volé le caractère de *res furtiva*, les mêmes distinctions que celles applicables au part de l'esclave. Cette explication concorderait avec une interpolation assez manifeste du texte de Paul cité plus haut (2); après avoir dit que la laine des brebis volées appartient immédiatement et sans qu'il soit besoin d'usucapion, au possesseur de bonne foi, Justinien lui fait dire : Il en est de même des jeunes agneaux, *si consumpti sint*. Ces derniers mots ont été assurément ajoutés au texte pour le mettre d'accord avec la nouvelle doctrine sur l'acquisition des fruits; là n'est pas la difficulté; mais pourquoi en a-t-on restreint la portée aux petits des animaux, au lieu de les appliquer à la phrase entière et par suite à la laine elle-même? C'est que celle-ci étant toujours coupée pour être employée ou vendue immédiatement, il ne peut être question d'usucapion à son sujet; il n'en est plus de même à l'égard des animaux domestiques; on les garde et dès lors, s'ils ne sont pas acquis au possesseur par le seul fait de leur naissance, il devient donc intéressant de dire qu'ils

1. L. 4 § 19 (41, 3).
2. L. 4 § 19 (41, 3).

Digitized by Google

ont pu au moins être usucapés et de savoir à quelles conditions ils auront pu l'être : ces conditions sont assurément celles qu'indiquent Ulpien, ce sont les mêmes que celles admises pour le part de l'esclave.

128. — Quant aux produits artificiels pour la composition ou la fabrication desquels on s'est servi de matières volées à autrui ils sont ou non *res furtivæ*, suivant les deux opinions en cours ; il en est ainsi dans la doctrine sabinienne qui attribue la chose nouvelle au propriétaire de la matière employée, et non dans la doctrine proculienne qui regarde cette dernière comme n'existant plus dans son individualité et par suite accorde à celui qui a confectionné la chose, la propriété immédiate, pleine et entière, de l'objet qui lui doit son existence sous cette forme nouvelle ; ces deux conséquences opposées seront adoptées à tour de rôle dans le système mixte de Justinien, suivant que la chose nouvelle pourra être ou non ramenée à sa forme antérieure (1). Notons cependant que pour que le caractère furtif soit attribué à la chose d'après l'opinion sabinienne, il faut que celui qui a employé la matière volée ait été de mauvaise foi ; sinon l'usucapion serait possible (2).

129. — Le vice de vol n'est pas ineffaçable ; il peut être purgé ; ce fût, avons-nous dit, l'objet de la loi Atinia ; la condition exigée pour sa disparition était le retour de la chose aux mains, non du détenteur ou de la victime du vol, mais du véritable propriétaire ; il n'y avait exception que pour le dépositaire qui avait frauduleusement soustrait la chose déposée, il pouvait en purger le vice, s'il la rachetait *pœnitendi gratia* ; le même effet était admis pour les choses faisant partie du pécule et qui, après avoir été volées, rentraient aux mains de l'esclave ; si celui-ci avait dérobé la chose à l'insu du maître, il suffisait également qu'elle fût remise au lieu et place d'où elle avait été enlevée ; si le maître avait connu le vol, il devait avoir également connaissance du retour de la chose volée. Le *furtum possessionis* que commet le débiteur en reprenant la chose engagée, empêche-t-il l'usucapion de cette dernière ? La négative, qui pourrait s'appuyer sur cette première raison que le vol n'a pas dans ce cas porté atteinte à la propriété, est généralement basée sur ce motif que le vol se trouve purgé au moment même où il est commis, puisque son effet est de faire rentrer la chose aux mains du propriétaire. Mais il n'en serait plus de même si celui-ci avait conservé la chose en vertu d'un contrat de louage par exemple et qu'il détournât l'objet dont la possession lui avait été laissée, puisque loin de rentrer entre ses mains, la chose se trouverait en sortir ; la décision serait semblable si le gage avait été réalisé par une véritable aliénation ; le *furtum* du débiteur constituerait alors un véritable

1. L. 4, § 20 (41-3).
2. Gaius II § 79.

Digitized by Google

furtum ipsius rei. C'est par des explications de ce genre exprimées ou sous-entendues que l'on peut se rendre compte des textes qui attribuent le caractère de *res furtiva* à la chose enlevée au créancier par le débiteur (1). d'ailleurs le propriétaire est censé avoir recouvré sa chose lorsqu'elle est reprise par le mandataire qui la reçoit avec connaissance de cause ; on assimile enfin à la restitution matérielle, la faculté de revendiquer ou la réception du montant de l'intérêt, soit à l'amiable, soit par la *litis æstimatio*. Mais le vice subsisterait si le propriétaire s'était emparé de la chose au moyen de la violence ou de toute autre manière qui l'exposât à un échec dans un interdit ; cela croyons-nous, même au cas où sa reprise de possession n'eût pas été vicieuse, tant qu'il est susceptile d'être vaincu dans l'interdit *utrubi*. Le vice pouvait disparaître encore si le voleur ou le tiers détenteur fût devenu héritier du propriétaire.

130. — En dehors de ces divers cas de restitution, le vice de vol subsistait toujours quelles que fussent les circonstances favorables qui eussent entouré l'acquisition de la chose par le tiers détenteur. Nous entrevoyons cependant le germe d'une réaction destinée à se développer plus tard et à porter ses conséquences dans le droit moderne ; on avait proposé de permettre l'usucapion des choses achetées de bonne foi dans les marchés ; tout au moins les acheteurs refusaient-ils de rendre sans être remboursés. Les empereurs Sévère et Antonin condamnent cette prétention et appliquent à la lettre le principe rigoureux d'Ulpien : *Qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus*. Les empereurs Dioclétien et Maximien renouvellent cette disposition (2) ; mais la condamnation de cette doctrine n'a pu détruire l'idée d'équité qui était à sa base ; elle reparut plus tard et se trouve aujourd'hui consacrée à peu près par toutes les législations modernes.

131. — Ajoutons en terminant que le vice de vol n'est pas pris en considération dans la prescription extinctive établie par Théodose le Jeune ; mais on sait combien cette mesure était restreinte dans ses effets et son énergie. Outre le vice de vol le meuble pouvait se trouver soumis à d'autres conditions qui en rendissent l'usucapion impossible ; ce qui se présentait pour les matériaux d'autrui employés par le propriétaire d'un terrain dans les constructions élevées sur son domaine ; quoique ne provenant pas d'un vol, ils échappaient à l'usucapion comme corrélation de la prohibition qui empêchait celui à qui ils appartenaient de les revendiquer, tant que l'édifice ne se trouvait pas démoli ; cette impossibilité existait entre les mains de tous les acquéreurs ou détenteurs de l'édifice. Un dernier cas de ce genre est extrait des disposi-

1. Cf. L. 4 § 21 et 49 (41-3). L. 5 (41-4). L. 14 § 1. L. 20 § 1 § 21. L. 66 (47-2). L. 6 Code (7. 26).

2. L. 2 Code (6-2). L. 19. D. (50-17). L. 23 Code (8. 42).

Digitized by Google

tions de la loi *Julia Repetundarum* qui frappaient d'un vice réel analogue à celui de vol les choses données aux magistrats par leurs administrés, de sorte que la propriété, non-seulement ne pouvait pas leur en être acquise, mais résistait à l'usucapion même entre les mains d'un tiers ; ce vice était purgé par le retour aux mains du donateur.

Ce vice et celui de vol, lesquels se trouvent assimilés, bénéficièrent tous deux d'une innovation due à Antonin, lequel décida qu'ils disparaîtraient quand les choses serait parvenues aux mains du fisc et vendues par lui. Après cinq ans l'acquéreur pouvait repousser par une exception la revendication du propriétaire ; ce droit fut d'ailleurs étendu que l'empereur Zénon même aux acquéreurs à titre gratuit et par Justinien aux aliénations faites par l'empereur ou l'impératrice (1).

Effets de l'usucapion

132. — Le principal effet de l'usucapion est de s'opposer à la revendication de l'ancien propriétaire, et de transférer ce titre au possesseur en faveur duquel elle s'est accomplie ; nous croyons cependant que même dans le droit classique elle laissa subsister les droits réels dont la chose pouvait être affectée et qui ne pouvaient disparaître que par les délais et d'après les conditions particulières et distinctes en vertu desquelles s'opérait la libération des choses grevées de servitudes, d'usufruit et d'hypotheque : cette règle indiscutée pour les transmissions volontaires et conventionnelles de la propriété devait sans aucun doute s'appliquer à l'usucapion, laquelle n'était autre qu'une transmission contractuelle (2) consolidée ; la durée de la possession venait effacer le vice qui avait empêché la tradition basée sur une cause légitime d'acquisition, de produire son effet (*justa causa*, *negotium juris*). D'ailleurs tous ces effets étant généraux, quelle que soit la nature de la chose soumise à l'usucapion, et n'offrant en matière mobilière aucune application spéciale, nous n'avons pas à insister sur ce sujet ; nous nous contenterons d'envisager les conséquences de l'usucapion à un point de vue plus particulièrement intéressant en matière mobilière et dont nous avons dû nous préoccuper déjà une première fois au sujet des conditions d'existence de la possession. Nous voulons parler de l'étendue de l'usucapion non plus par rapport à la plénitude des droits qui en résultent, mais par rapport aux choses qui en bénéficient.

1. Instit. § 14 II, 6 cod. (7. § 7).

2. Nous employons ce mot *in genere* pour exprimer l'idée d'un transport de propriété émanant du précédent possesseur, et par suite comprenant les actes unilatéraux, comme les legs, aussi bien que les conventions.

Digitized by Google

133. — L'usucapion d'une chose s'étend-elle aux différentes parties susceptibles d'en être détachées et de se trouver acquérir une existence indépendante? Il faut pour répondre à cette question distinguer entre l'usucapion en cours et celle qui est accomplie; dans le premier cas il fut admis que la possession n'existait que par rapport au tout et non par rapport aux parties qui s'y trouvaient renfermées et qui avaient perdu leur individualité ; cela lors même qu'elles formeraient encore dans l'ensemble des fractions matérielles distinctes, reconnaissables par leur fonction particulière et par leur nom spécial, comme par exemple les roues d'une voiture ; celles-ci n'en sont pas moins des parties de la voiture et ne sont pas usucapées séparément ; de sorte que si cette dernière est *res furtiva*, et que le possesseur lui adapte une roue appartenant à autrui mais non volée, celle-ci participe au vice de l'ensemble et ne peut être usucapée, tandis qu'au cas inverse, si la roue seule était *res furtiva*, elle n'en serait pas moins usucapée avec la voiture. Une conséquence de ce principe est que si les parties se trouvent séparées avant l'achèvement de l'usucapion, le temps antérieur ne compte pas en leur faveur; et c'est une usucapion nouvelle qui commence à leur égard ; il faut donc que la bonne foi existe encore à ce moment et quant à la *justa causa*, la partie mobilisée bénéficie de celle qui a présidé à l'origine de l'usucapion en cours pour l'ensemble ; c'est la théorie dont nous avons vu l'application aux produits de la chose volée. L'usucapion accomplie réflechit au contraire sur chacune des parties du tout, fussent-elles par elles-mêmes susceptibles d'une certaine individualité en dépit de leur cohésion avec le tout ; c'est qu'en effet la propriété d'une chose une fois acquise, s'étend à toutes les parties de la chose. Il n'y a d'exception à cette règle que pour les matériaux qui appartiennent à un autre que le propriétaire de la maison ; nous avons vu les motifs particuliers qui en empêchaient l'usucapion lors même que la propriété de l'édifice serait légitimement acquise par usucapion ou par tout autre mode ; c'est que l'usucapion des matériaux ne pouvant être interrompue par l'action *ad exhibendum* de celui à qui ils appartiennent, elle devait être forcément suspendue jusqu'à leur séparation d'avec l'édifice. Ces motifs suffisent à indiquer qu'il n'en serait plus de même si les matériaux et l'édifice, objet de l'usucapion, se trouvaient appartenir au même propriétaire, puisque celui-ci pourrait toujours recouvrer le tout en intentant la revendication (1).

1. Sur tous ces points consulter Savigny § 22, traduct. citée. p. 282 et suiv.

Digitized by Google

SECTION II

AUTRES CONSÉQUENCES ET EFFETS INDIRECTS DE LA POSSESSION

134. — Il est en dehors de l'usucapion bien d'autres effets que l'on peut citer comme dérivant indirectement tout au moins du fait de la possession ; mais la plupart se rapportent à des considérations parmi lesquelles cette dernière n'entre que comme un élément de fait, au lieu d'apparaître comme le fondement principal : aussi devrons-nous nous contenter d'une simple énumération. Il convient cependant avant de signaler ces conséquences diverses de faire une place à part à l'une d'elles qui a été admise directement en vue de l'usucapion, l'action publicienne ; il en résulte par conséquent que si celle-là est un effet direct de la possession, celle-ci se trouve, en passant par cet intermédiaire, s'y rattacher aussi par des liens étroits (1). Cette action a été créée par le préteur afin d'assurer à celui qui semblait y avoir un intérêt légitime l'achèvement et le bénéfice de l'usucapion. Aussi exige-t-elle a peu près uniquement, pour son exercice, et sauf controverses dans lesquelles nous n'avons pas à entrer, les conditions nécessaires pour placer le possesseur *in causa usucapiendi* ; elle se trouve donc être ainsi un privilège de la possession de bonne foi, établi en vue de l'usucapion ; cette abondance de prérogatives ménagées au possesseur, cette préoccupation de transformer sa condition de fait en un état de droit incommutable, peut paraître quelque peu étrange ; et la possession semble presque, arrivée à ces faveurs extrêmes, aboutir à un résultat opposé à celui que nous avons signalé comme étant à la base de la théorie possessoire, la solidité et la garantie du droit de propriété ; les interdits ont pour but de rechercher le propriétaire apparent afin de protéger le propriétaire réel et de lui faciliter ses moyens de défense ; la publicienne a pour but de rechercher le non-propriétaire afin de hâter le dépouillement du propriétaire réel ; ce résultat n'a-t-il pas quelque chose d'au moins extraordinaire ? d'ailleurs que de ressources aux mains du possesseur de bonne foi, quel arsenal mis à sa disposition ! si l'action lui est ravie par un vol, il a l'action *furti* ; sinon il recourt à l'interdit *utrubi ;* et enfin s'il a négligé de poursuivre à temps ; s'il a laissé son adversaire continuer sans trouble une possession non vicieuse, alors que leurs situations semblent bien tout au moins présenter un intérêt égal, et que même le nouveau détenteur pourrait invoquer le bénéfice toujours préférable de la possession actuelle, on l'arme encore d'une action nouvelle, par la-

1. Cf. Molitor n° 9, 2° p. 20.

Digitized by Google

quelle il agit au simple titre de possesseur usucapant et revendique le droit de dépouiller quelqu'un de sa propriété.

135. — Cette situation devient cependant fort nette lorsqu'on se place au point de vue de l'usucapion telle que les Romains l'ont comprise et de la théorie possessoire en général. S'agit il de la possession toute seule, abstraction faite de toute autre condition, on la tient pour la propriété jusqu'à preuve du contraire ; on l'arme d'actions possessoires pour la faire respecter et la maintenir. Mais ces moyens sont souvent insuffisants ; alors la possession repose-t-elle sur une base légitime ? témoigne-t-elle par elle-même d'une juste tentative d'arriver à la propriété ; l'intérêt se déplace, avec les interdits on avait en vue celui de la propriété actuelle, avec la publicienne on prend en considération celui de la propriété future.

Lorsque ces circonstances favorables se rencontrent, une transmission faite à l'acquéreur de bonne foi, une *justa causa* à la base, la loi romaine est alors désireuse de voir promptement la situation de fait se transformer en un droit véritable ; elle paraît un moment abandonner les intérêts de la propriété individuelle, c'est pour mieux assurer la stabilité, la sécurité de la propriété en général ; aussi fait-elle de la possession dans ces circonstances une véritable imitation de la propriété elle-même ; si l'on admet, si l'on comprend ce principe, le système romain devient admirablement logique ; ce possesseur *in causa usucapiendi* on le traite d'avance comme un propriétaire, car dans l'intérêt du bon ordre, de la bonne économie publique, et d'après le vœu de la loi, c'est lui qui doit avoir, provisoirement au moins, les prérogatives de la propriété ; sauf contre le propriétaire réel et cela encore pendant la durée seulement de l'usucapion, on lui donne une action *in rem* semblable à la *rei vindicatio* ; il en est de lui comme du possesseur violent qui reste possesseur à l'égard de tous, sauf à l'encontre de celui contre qui il a exercé sa violence ; de même celui qui usucape est propriétaire sauf à l'encontre du propriétaire dont le droit subsiste ; et encore même à l'égard de celui-ci, n'est-il pas toujours vrai de dire que le possesseur soit destiné à succomber ; on peut même dire au contraire qu'étant donné le système romain sur la propriété, la Publicienne a été avant tout une arme créée pour protéger la propriété vraie contre la propriété honorifique ; on sait que le *dominium* subsistait dans la rigueur du droit lorsque la transmission, dans certains cas et pour certains biens, n'avait pas été accompagnée des formes requises ; c'est ainsi que la simple tradition d'une *res mancipi* laissait le *tradens* propriétaire *ex jure Quiritium* et ne donnait à l'*accipiens* que la propriété bonitaire ; celui-ci avait la chose *in bonis*, le droit rigoureux ne lui reconnaissait que le titre *de dominus* ; le droit Prétorien fit réagir le fait et l'équité contre les principes d'une législation trop formaliste ; il arma

Digitized by Google

le bonitaire d'une action *in rem*, et grâce à une *replicatio* lui permit dans la Publicienne de triompher même de l'*exceptio justi dominii* invoquée par le quiritaire. Contre ce dernier en effet le propriétaire qui avait la chose *in bonis* seulement se fut trouvé sans protection, et l'équité eût été violée ; les deux buts très-distincts de la Publicienne nous permettent d'énumérer rapidement les personnes contre lesquelles elle l'emporte, et ce n'est qu'à la suite de cet examen que nous connaîtrons vraiment les ressources du possesseur ; cette étude est le complément nécessaire de celle que nous avons faite de l'interdit *utrubi* et de l'*actio furti*.

136. — La règle en cette matière est que le possesseur *in causa usucapiendi* triomphe à moins qu'il ne se trouve en présence d'une situation préférable à la sienne ; d'ordinaire cette situation sera celle du propriétaire et j'entends par là d'abord le propriétaire quiritaire ; cependant il pourra arriver que celui-ci soit repoussé et son *exceptio* non admise, ce qui se présentera au cas où il aurait lui-même livré la chose possédée, soit qu'il n'en eut transmis que la propriété bonitaire, faute de formalités suffisantes, soit qu'il n'eût été lui-même qu'un simple possesseur au jour de la tradition et qu'il eût hérité ensuite du véritable propriétaire ; il en serait encore de même dans le cas inverse, où se trouvant être le *dominus* il eut hérité de l'aliénateur de la chose ; dans tous ces cas l'équité se refuse à ce que celui qui s'est engagé à transmettre la propriété ou qui a succédé à une obligation de cette nature puisse faillir à sa promesse ; le principe et les exceptions seraient les mêmes entre un simple possesseur de bonne foi et un propriétaire quiritaire ; la question devient surtout intéressante, si l'on met en présence deux possesseurs de bonne foi tous deux *in causa usucapiendi* ; assurément nous ne les supposons pas ayant-cause l'un de l'autre, sinon il y aurait lieu surtout au fonctionnement des interdits, et en tout cas la Publicienne garantirait, suivant les principes appliqués ci-dessus, le succès à l'*accipiens* contre le *tradens*, ou à l'ancien possesseur contre le ravisseur ; la comparaison doit donc s'établir entre deux possesseurs tenant la chose du même auteur, ou même de deux personnes différentes ; dans le premier cas l'on fait triompher celui qui le premier a été placé *in causa usucapiendi*, puisque le précédent possesseur se trouve s'être démis en sa faveur de tous ses droits, si restreints et si précaires soient-ils, sur la chose elle-même ; dans le second cas force fut bien de donner raison au possesseur actuel, en vertu de l'adage *in pari causa melior est possidentis*.

De sorte en résumé que si nous supposons le possesseur de bonne foi avec *justa causa* dépouillé de la possession de la chose sans qu'il y ait eu vol et désarmé dans l'interdit *utrubi*, il pourra encore triompher s'il se trouve en présence d'un ayant-cause postérieur de son propre vendeur, tandis qu'il

Digitized by Google

n'en serait pas toujours de même à l'égard des sous-acquéreurs de bonne foi tenant la chose de celui qui se trouve lui en avoir enlevé la possession.

137. — Corrélativement au droit du possesseur de bonne foi de se faire maintenir en possession, non pas eu égard à sa seule possession, mais dans le but de s'assurer à tout événement le bénéfice de l'usucapion, se place le droit d'acquérir tous les fruits qu'il perçoit au moyen ou à l'occasion de la chose possédée. Cet effet est véritablement une conséquence directe de la bonne foi, et fondé uniquement sur ce motif d'équité que celui qui a toutes justes raisons de se croire propriétaire ne doit pas être constitué en perte sur ses propres biens par la revendication du propriétaire véritable, ce qui arriverait infailliblement s'il devait rendre, soit les revenus qu'il a pu dépenser sans qu'il subsistât dans son patrimoine un enrichissement équivalent, soit même les fruits non consommés mais dont la valeur a pu être dépensée d'avance. Aussi s'agissant de considérations fondées beaucoup plus sur la bonne foi que sur la possession elle-même, il convient de remarquer que les conditions exigées pour l'acquisition des fruits ne sont pas exactement les mêmes que celles requises pour l'usucapion, que d'un côté, dès que la bonne foi existe on se montre moins exigeant relativement aux autres conditions tandis que l'acquisition devient impossible dès que celle-ci a disparu. Cette question devient du reste absolument étrangère à la théorie possesoire elle-même ; il nous suffit d'avoir indiqué cette conséquence sans que nous devions y insister davantage ; nous nous contenterons de faire remarquer que la source la plus féconde de revenus qui puissent être acquis par ce moyen en matière mobilière est procurée par les esclaves et les diverses acquisitions dont ils font bénéficier le possesseur de bonne foi, d'après des distinctions que nous n'avons pas à indiquer.

138. — Nous signalerons en terminant les autres modes d'acquisition de la propriété fondée sur la possession, comme la tradition et l'occupation ; dans le premier l'effet de transmission du droit résulte en premier lieu de la volonté des parties, *animus* ; mais le droit romain ne put admettre que la propriété pût exister sans que l'élément de fait qui en est la traduction extérieure et la manifestation matérielle eût été réalisé ; et lorsque la chose est *nullius*, quand il n'y a plus de droit supérieur à respecter, l'état de fait subsistant seul, la possession devient alors immédiatement et par elle seule le droit qu'elle figurait et qu'il est dans l'harmonie des choses et dans le vœu de la loi romaine de séparer du fait le moins possible ; c'est ce qui se réalise par l'occupation. Molitor (1) cite encore parmi les effets plus ou moins directs de la possession, le droit de légitime défense qui appartient au possesseur

1. Molitor. L. 24.

Digitized by Google

dont on attaque la possession (1); la règle déjà citée : *In pari causa melior est conditio possidentis*. et le droit de rétention qui appartient au possesseur, lorsqu'on lui demande restitution d'une chose au sujet de laquelle il a fait des dépenses utiles.

139. — Tous ces effets et conséquences indirectes, dont le rapport avec la possession a été d'ailleurs fort discuté (2), et que nous avons dû citer pour mémoire seulement, s'appliquent sans distinction que la chose soit ou non mobillère Cette énumération était nécessaire pour compléter l'ensemble de la théorie possessoire, elle n'ajoute rien au développement des idées qui ont dominé cette étude ; nous croyons donc avoir suffisamment démontré que la possession avait été envisagée uniquement au point de vue de la propriété, soit en vue du maintien, de la garantie, de la défense de la propriété actuelle, soit à celui de l'acquisition, de la facilitation de la propriété virtuelle et par suite eu égard à la stabilité de la propriété en général. Appliquant ces idées aux meubles, nous avons constaté que le système romain s'y était adapté sans aucune distinction de parti pris ; sans aucune idée préconçue d'infériorité relative, qu'il s'était plié seulement aux modifications exigées par la nature des choses. Cette analogie a été partout frappante en matière d'acquisition et de protection de la possession des choses mobilières ; faite à l'image de la propriété, celle-ci devait être modelée sur l'exercice de ce droit souverain, et sans autre considération.

Nous avons vu que le droit romain ne chercha qu'une seule chose, savoir quel était le rapport normal du propriétaire et des meubles qui lui appartiennent. Depuis, un double courant parti de deux points différents, mais qui aboutit à un système unique, vint modifier la théorie romaine en cette matière ; le premier dérivait de cette idée que dans une société où le pouvoir était fondé sur la possession de la terre, la fortune mobilière ne réclamait plus qu'une attention distraite ; en raison de son infériorité relative, on lui fit l'honneur de lui réserver, en plusieurs matières et notamment à propos des successions, l'application des notions simples du droit naturel tel que les Romains l'avaient compris et pratiqué ; on jugea d'ailleurs indigne d'appliquer à la fortune mobilière, restreinte il est vrai par certaines immobilisations fictives, aucune protection spéciale ; le second courant n'avait plus pour point de départ une idée d'infériorité politique, mais s'appuyait, comme la théorie romaine, sur la nature même des choses mobilières ; remarquant leur faculté de transmission rapide, l'impossibilité d'en suivre la trace et par suite de s'assurer des droits exacts du vendeur de meubles, on arriva en cette matière

1. G. L. 1, § 27 (42-16).
2. G. Savigny et Molitor. *loc. cit.*

Digitized by Google

à supprimer le délai d'attente accepté par les Romains, et d'un seul coup on réalisa le vœu de la loi de mettre le fait d'accord avec le droit ; de là cette maxime : En fait de meubles possession vaut titre. La possession de bonne foi d'un simple meuble corporel devint en principe équivalent à la propriété. Assurément il y avait à cette hardiesse une nécessité économique réelle, mais nous ne sommes pas absolument sûr qu'ici même on ne fût allé encore quelque peu au-delà de ce que réclamait la nature des choses, dégagée de toute idée extrinsèque quelconque. Il nous semble donc que le droit romain avait bien véritablement traité les meubles et la fortune mobilière en général avec cet esprit d'égalité relative, qui n'est pas incompatible avec les diversités naturelles, mais qui sait respecter tous les droits, quelque inférieure que soit l'importance de la chose qui en est l'objet, et que nous avons signalé comme étant l'idée fondamentale du système romain et comme devant être la directrice de ses applications diverses.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT FRANÇAIS

DE L'ALIÉNATION DES VALEURS MOBILIÈRES

Par les administrateurs du patrimoine d'autrui.

INTRODUCTION

1. — La fortune mobilière se trouvait à Rome concentrée dans les mêmes mains que la grande propriété territoriale ; ce qui en formait l'élément principal, les esclaves, étant attachés surtout à la culture de la terre, devenaient comme une dépendance du sol qu'ils avaient charge de faire fructifier. Il n'en est plus de même dans nos sociétés modernes ; l'esclavage a disparu. Le travail est libre ; mais c'est encore lui qui, sous une forme représentative toute nouvelle, compose la plus grande masse des fortunes privées ; les bénéfices qu'il sert à réaliser, les espérances qu'il fait concevoir ont pu faire l'objet d'appropriations individuelles et donner lieu à de véritables droits de créance qui, par leur facilité de négociation, divisent à l'infini et répandent jusque dans les bourses les plus modestes, les richesses qui n'étaient autrefois l'apanage que de quelques privilégiés ; le crédit, dont le travail est la base, ne s'adresse plus à quelques rares capitalistes, mais au public tout entier ; et chacun, pour une part modique, peut acquérir les droits d'un prêteur et, en même temps, on peut le dire, ceux d'un propriétaire, libre de céder son droit et d'en tirer profit comme de toute autre marchandise. Ces droits de créance qui peuvent avoir à la fois la fixité de la propriété immobilière et la mobilité de l'argent qui passe d'une main à l'autre, qui subissent, avec une si extrême sensibilité, la loi de l'offre et de la demande et donnent à chaque patrimoine une physionomie variable et susceptible des transformations les plus diverses, forment ce qu'on appelle aujourd'hui les valeurs mobilières : elles se sont présentées comme une conséquence du travail affran-

Digitized by Google

chi et réhabilité ; le riche de l'antiquité participait au travail par ses esclaves et celui d'aujourd'hui par ses capitaux. Et comme le travail s'applique de plus en plus à mille objets divers, que le commerce et l'industrie en forment une des branches les plus fécondes, il s'en suit que la fortune mobilière a cessé d'être la dépendance ordinaire de la propriété foncière ; elle en est désormais distincte ; elle est devenue tout au contraire l'élément principal des plus humbles patrimoines ; son accroissement a pu conduire sinon à une répartition plus égale des richesses, du moins à une participation plus facile de tous au bien être matériel et aux jouissances légitimes de la vie.

2. — Aussi, n'est-il pas étonnant que ce développement, et celui surtout des valeurs mobilières, aient atteint leur plus extrême limite après la rédaction même du Code civil. Les temps troublés dont ce monument législatif marquait le terme, avaient été aussi peu favorables à l'industrie qu'au crédit public ou privé. Les valeurs mobilières étaient rares à cette époque ; elles avaient déjà subi plus d'une catastrophe et nul ne pouvait prévoir alors le sort qui leur était réservé. Aussi, à l'exception de l'article 529 qui fait allusion à ces sortes de droits pour en déterminer la nature et assigner leur place dans la distinction des biens, on peut dire que le Code civil use à leur égard d'une réserve qui a pu paraître à quelques-uns l'expression d'un oubli systématique. Ce silence devait être dans la suite la source de difficultés nombreuses. Devait-il conduire à l'assimilation complète des meubles incorporels aux autres objets mobiliers, fragiles ou périssables ? Les valeurs mobilières allaient-elles subir encore l'effet de l'ancien adage, *vilis mobilium possessio* ? Ne devaient-elles donc, en dépit de la place importante qu'elles tiennent aujourd'hui dans les fortunes privées, ne participer à aucune des garanties qui entourent la propriété immobilière ? La question revient à savoir si, à l'égard des valeurs et à tous points de vue, le Code a entendu maintenir, ou plutôt aggraver encore, l'infériorité des biens meubles vis-à-vis de la propriété territoriale. Nous avons choisi pour la résoudre le point de vue qui nous a semblé le plus caractéristique, celui de l'administration du patrimoine d'autrui.

3. — Tout en tenant compte des nécessités d'une libre gestion, la loi devait en pareil cas sauvegarder avant tout les droits de celui dont les intérêts sont confiés à des mains étrangères ; ses mesures de protection allaient varier avec l'importance relative qu'elle attacherait à chacun des droits composant le patrimoine ; aussi devions-nous trouver là le *criterium* le plus sûr pour savoir en quelle estime elle pouvait tenir les valeurs mobilières et quelle place exacte leur était faite dans notre système législatif.

4. — Ce fait de l'administration pour autrui peut résulter avant tout d'un mandat conventionnel donné par le propriétaire lui-même. Il se pré-

Digitized by Google

sente le plus souvent par suite d'une sorte de mandat légal dont sont investis certains administrateurs substitués au propriétaire : les situations où ce fait se produit peuvent se grouper sous quatre chefs principaux. Le premier groupe se réfère à une idée de protection à laquelle se rattache l'une des prérogatives les plus essentielles de la société, la protection des incapables et, nous ajouterons aussi, celle des absents. Dans le second il n'est plus question de protéger le propriétaire lui-même, mais de protéger contre lui ceux dont il peut avoir le gage entre les mains; cette catégorie est surtout représentée par l'héritier bénéficiaire qui, bien que propriétaire, n'en est pas moins un administrateur dans l'intérêt d'autrui; autour de lui nous placerons les différents liquidateurs chargés de gérer la succession dans l'intérêt des créanciers du défunt; enfin ce groupe devra comprendre également un autre propriétaire dont l'administration peut être entravée par le droit éventuel d'autrui, celui qui reçoit des biens donnés ou légués à charge de substitution. Le troisième groupe se réfère moins à une idée de protection qu'à un système de subordination se rattachant à la constitution de la famille, il aura trait aux droits qui peuvent appartenir au mari sur les biens de sa femme. Enfin dans le quatrième groupe rentreraient les cas si nombreux où un patrimoine commun ou affecté à certaine destination spéciale, se trouve confié à un ou plusieurs administrateurs; mais ces dernières hypothèses étant la plupart réglées par des lois spéciales qui se rattachent plus particulièrement au droit administratif ou au droit commercial, nous avons dû en négliger l'étude afin de nous borner à l'ensemble du droit civil privé.

5. — Tels sont les différents administrateurs dont nous aurons à nous occuper; ils ont chacun des fonctions différentes; et par suite leurs pouvoirs ne peuvent être identiques. Mais une idée commune domine ces situations diverses; c'est que ces administrateurs ont tous une même mission, conserver et faire fructifier le patrimoine qui leur est confié ; non-seulement le conserver dans sa valeur abstraite, mais également, et, autant que cette dernière ne doit pas en souffrir, lui garder sa physionomie propre et par suite respecter les intérêts de convenance spéciale que le propriétaire peut attacher à chacun des biens pris individuellement et considéré dans sa nature propre. Donc le droit des administrateurs n'est pas absolu ; tel est le principe. Mais où est la limite exacte de leur droit? telle est la difficulté.

6. — Pour la plupart de ces administrateurs le Code a énuméré certains actes qui leur sont permis, certains autres qui leur sont interdits; nous devons nous demander où puiser les éléments de décision pour ceux qu'il a passés sous silence. Il a semblé facile de raisonner par analogie d'après la nature même des actes spécialement énumérés; et la doctrine, tirant de ces applications diverses une théorie générale, qui d'ailleurs semble bien consa-

Digitized by Google

crée par le texte fondamental de notre matière, l'article 1988, a classé tous les actes relatifs à la gestion d'un patrimoine sous ces deux catégories : actes d'administration, actes de disposition. Les premiers comprendraient tous ceux qui n'ont d'autre but que la conservation et le rendement des biens ; ils seraient permis aux administrateurs pour autrui. Les seconds seraient tous ceux qui constitueraient une aliénation ; c'est-à-dire qui auraient pour effet de faire sortir un droit du patrimoine, sans qu'il y ait à considérer le résultat final, avantageux ou non, de l'opération, ni l'équivalent qui a pu être acquis en retour : de pareils actes seraient en principe complètement interdits aux administrateurs pour autrui.

7. — Cette distinction est exacte en soi ; elle répond sans aucun doute à une préoccupation du législateur et peut expliquer certaines décisions du Code ; mais elle ne constitue pas une théorie législative nettement adoptée et suffisamment précise pour trancher toutes les difficultés de la matière. Deux exemples suffiront à le prouver et pourront en même temps faire comprendre comment, malgré l'antinomie réelle qui existe entre les mots aliénation et administration, nous avons pu nous poser la question de savoir si un administrateur pouvait avoir le droit d'aliéner certains biens. Le Code en effet défend expressément à certains administrateurs légaux, même investis de pouvoirs très-étendus, un acte qui de l'aveu de tous ne compromet l'existence d'aucun droit et ne renferme aucune aliénation, qui n'est en somme qu'un acte d'administration, les baux à long terme (art. 1718). Au contraire il leur permet, ou plus exactement il leur impose, certaines aliénations, comme celle des meubles périssables (art. 452), qui par suite se trouvent rentrer dans la catégorie des actes d'administration. Il y a donc certaines aliénations permises aux simples administrateurs : celle des valeurs mobilières est-elle de ce nombre? Telle est la question que nous nous proposons de résoudre.

8. — Si les textes positifs nous font défaut ou à peu près, c'est donc d'après l'esprit de la loi, d'après surtout le caractère économique des valeurs mobilières et la nature même de l'acte qui en opère la transmission, que nous devrons chercher les éléments d'une solution. C'est assez dire que c'est là une de ces questions que le Code avait peu prévues, et sur laquelle la jurisprudence, investie en quelque sorte du rôle que jouait autrefois le préteur romain, a dû poser les principes et combler les lacunes de la loi. Ce n'est pas sans quelques tâtonnements et quelque contrariété de décisions qu'elle est parvenue à établir un système ; et encore celui-ci, faute de vues d'ensemble, semble-t-il être une réunion incohérente d'expédients appropriés à chacune des administrations pour autrui, plutôt que le résultat d'une théorie générale fondée sur des principes juridiques déterminés avec précision. Cependant ce

Digitized by Google

ne sera pas un des côtés les moins instructifs de cette étude, que de suivre cette jurisprudence dans ses recherches consciencieuses et de constater les pas marqués par chacune de ses décisions. Enfin, c'est là une de ces questions où la pratique, interprète des besoins qui se font jour et gardienne vigilante des intérêts qui lui sont confiés, a le droit de faire entendre de légitimes réclamations ; et un jour vient où devant ces deux voix si puissantes, celle de la jurisprudence qui hésite devant les traditions et celle de la pratique qui demande les réformes, le législateur n'a plus qu'à constater le progrès accompli et à prononcer désormais en toute connaissance de cause. C'est ainsi que sur un des points les plus importants, notre question a déjà reçu les honneurs d'une solution législative; et d'autres décisions analogues sont à l'état de projet au sein du parlement. Quoi qu'il en soit, pour les points non encore éclaircis, une seule méthode d'investigation peut guider nos recherches : étudier en elles-mêmes les valeurs mobilières; ce qu'elles ont été dans le passé et ce qu'elles étaient à l'époque de la rédaction du Code.

9. — Après avoir examiné ce premier terme de la question, nous devrons ébaucher, à l'aide des principes qui dominent cette matière, une théorie générale des pouvoirs d'administration ; le terrain que nous choisirons pour cette étude sera celui du mandat conventionnel conçu dans les termes généraux. C'est là que le Code a posé la seule règle qui puisse nous guider dans la suite ; et d'ailleurs comme les différents mandats légaux se rapprochent autant que possible de celui qui serait censé donné par le propriétaire ou les intéressés eux-mêmes, il s'en suit qu'ils exigent tous une certaine interprétation de volonté plus ou moins semblable à celle dont le mandat conventionnel conçu en termes généraux impose la nécessité. Après avoir étudié la question sous sa forme abstraite, nous n'aurons plus qu'à en rechercher les applications aux différents cas de mandat légal et à déduire les règles spéciales à chacune de ces situations. Le plan de cette étude se trouvera ainsi tracé de la manière suivante :

Chapitre I. — Historique et régime des valeurs mobilières d'après le Code civil.

Chapitre II. — De l'aliénation des valeurs mobilières par le mandataire conventionnel investi d'un pouvoir général d'administration.

Chapitre III. — Pouvoirs des administrateurs légaux institués pour la protection des absents et des incapables.

α. — Envoyés en possession provisoire des biens de l'absent.

β. — Tuteurs (loi du 27 février 1880).

γ. — Père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs.

δ. — Administrateur provisoire nommé en vertu de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés.

Digitized by Google

Chapitre IV. — Propriétaires réduits au rôle d'administrateurs dans l'intérêt d'autrui, et pouvoirs des différents liquidateurs d'une succession.

α. — Administrateur provisoire de la succession.

6. — Héritier bénéficiaire.

γ. — Curateur à succession vacante.

δ. — Exécuteur testamentaire.

ε. — Grevé de substitution.

Chapitre V. — Pouvoirs du mari administrateur des biens propres de sa femme.

α. — Sous le régime de communauté légale ou conventionnelle.

6. — Sous le régime exclusif de communauté.

γ. — Sous le régime dotal.

Législation comparée et conclusion.

Digitized by Google

CHAPITRE I

HISTORIQUE ET RÉGIME DES VALEURS MOBILIÈRES D'APRÈS LE CODE CIVIL

SECTION I

DES VALEURS MOBILIÈRES EN ANCIEN DROIT

a. — *Leur origine et leur développement au point de vue industriel et financier.*

10. — Le mot valeur, dans son acception abstraite et scientifique, désigne le pouvoir qui appartient à une chose d'être acquise comme équivalent d'une autre. Il suppose donc un échange à intervenir et indique l'utilité comparée des choses entre elles; il réveille immédiatement l'idée de circulation ; il n'est pas étonnant qu'à un point de vue concret ce mot ait été employé pour désigner les droits représentés par des titres facilement négociables. Dans ce sens très étendu, tout titre représentatif d'un capital mobilier rentrerait dans ce qu'on appelle les valeurs mobilières; ce terme s'appliquerait ainsi à tous les droits de créance et plus spécialement encore aux effets de commerce, lettres de change, chèques, billets à ordre. Mais dans un sens plus restreint ce terme comprend seulement les inscriptions de rente sur l'Etat et les titres représentatifs des actions et obligations émises par les sociétés commerciales ou industrielles, ce que l'on appelle aussi les valeurs de Bourse. C'est sous cette dernière forme seulement que se font les placements de la plupart des capitalistes, c'est elle que revêt aujourd'hui en grande partie la fortune mobilière ; sous cette forme enfin que se pratiquent les spéculations considérables qui occupent aujourd'hui une place si importante dans nos mœurs et qui ramènent, presque à périodes fixes, des désastres toujours aussi pompeusement annoncés qu'aveuglément encourus. C'est aussi dans ce sens restreint que nous entendrons le terme générique de valeurs mobilières.

11. — Ces effets mobiliers rentrent dans une catégorie de droits plus nombreux et désignés sous le nom de meubles incorporels; elle se complète

Digitized by Google

alors des droits de propriété littéraire, artistique et industrielle et de ce que l'on appelle les charges ou offices, et les fonds de commerce. C'est à dessein que nous avons écarté tous ces droits de notre étude ; leur nature même les sépare considérablement des droits de créance négociables ; ce sont au contraire des biens ayant un caractère presque immobilier et il semble que ce soit par un abus de généralisation que le Code ait dû les ranger parmi les meubles. Mais le Code ayant presque partout soumis aux mêmes règles tous les meubles incorporels ; il nous arrivera souvent de parler de ceux-ci en général, les solutions applicables à tous devant être admises à l'égard des valeurs mobilières proprement dites. Il nous suffit d'avoir précisé ce que nous entendons par cette dernière expression ; il nous reste à faire comprendre l'importance économique de ces droits d'origine récente et l'espèce de révolution qu'ils ont apportée dans le régime de la propriété en général et dans l'assiette des fortunes privées.

12. — Les échanges primitifs n'ont guère porté, à coup sûr, que sur des biens matériels et tangibles, pouvant procurer une utilité immédiate, comme la plupart des objets corporels, meubles ou immeubles. Vendre, acheter de simples droits de créance, c'est déjà une opération juridique qui dénote une plus grande pratique des affaires, un sentiment assez exact de la spéculation et déjà une certaine hardiesse de faire, ou une plus grande confiance dans la solvabilité des emprunteurs. Cette opération cependant n'apparaît guère au début que comme le pis-aller des créanciers à bout d'espérances, et le moyen à peine avouable des spéculateurs véreux qui se font à la place d'autrui les exécuteurs des débiteurs malheureux. Cette idée primitive de la cession de créance l'a marquée d'une estampille qu'elle porte encore aujourd'hui presque dans toutes les législations, et qui seule peut expliquer les entraves que ces dernières ont apportées à son développement. Un cessionnaire de créance, c'est un exécuteur des hautes œuvres ; on lui livre le débiteur ; à lui d'en tirer le plus possible et toute besogne lui paraît bonne. En un mot, c'est un vilain homme : tel est le préjugé qui a longtemps subsisté et qui porte encore ses traces.

13. — On comprend qu'ainsi envisagée sous ce côté peu flatteur, la cession de créance ait permis aisément aux jurisconsultes romains d'aller sans scrupule jusqu'au bout de leur logique inflexible. Le droit de créance, disaient-ils, est un rapport qui lie entre elles deux personnes déterminées, l'une ayant le droit d'exiger de l'autre un certain service ou une certaine prestation. Si donc l'un des deux termes vient à changer, le rapport primitif disparaît ; il naît un droit nouveau, l'autre s'est éteint ; la créance ancienne sera remplacée par une nouvelle, mais elle n'aura pas été transmise. De là sont nés tous ces détours ingénieux imaginés dans la suite pour parer aux inconvénients de la *delegatio* primitive. Le cessionnaire de créance devint

Digitized by Google

d'abord le mandataire du cédant à l'effet de poursuivre le débiteur et de garder pour lui-même le profit de son action (*procurator in litem*). Mais l'ancien titulaire était resté le maître de son droit et libre de l'éteindre ou d'en disposer au détriment du cessionnaire; le préteur permit alors à ce dernier de lier les mains du débiteur lui-même par une signification (*denuntiatio*) qui l'obligeait à ne se libérer qu'envers le nouveau titulaire, et à ne rien faire qui pût compromettre le droit qui avait fait l'objet de la *procuratio*. Enfin l'acheteur de créances cessa définitivement d'être un mandataire le jour où le préteur lui eut cédé les actions utiles qui lui permirent d'exercer véritablement le droit primitif de l'ancien créancier. Tout ce long travail de jurisprudence prétorienne n'avait pas eu d'ailleurs d'autre but que de rendre possible le simple transport des créances ; l'idée n'était pas venue de considérer ces dernières comme une marchandise destinée à circuler, à se vendre au cours du jour, d'après les fluctuations de la loi de l'offre et de la demande.

14. — Ce n'est pas cependant que les banquiers fissent défaut dans la société antique ; mais si nous voulons chercher quelque chose qui paraisse se rapprocher quelque peu de nos institutions modernes de crédit, ce n'est pas vers les changeurs romains qu'il faut porter nos regards ; le droit romain ne sut jamais sous ce rapport se dégager de son formalisme rigoureux ; pas plus que dans cette société le travail industriel ni le commerce ne purent se soustraire à la défaveur qu'avait laissé peser sur eux leur origine servile. Les ancêtres de nos grandes maisons de banque moderne ne sont pas à Rome ; ce sont ces τραπεζιται établis en plein vent, sur l'*agora* des grandes cités de la Grèce et surtout de l'Asie-Mineure.

15. — Les Grecs, peuple actif, hommes d'affaires, gens pratiques, établis dans un pays maritime, hardis et aventureux, portèrent le commerce dans toutes les parties du monde. De ces relations multiples avec les peuples étrangers devait naître l'échange des monnaies ; dans tous les ports, les changeurs, trafiquants d'assez bas étage d'ailleurs (αργυραμοιβοι ou κολλυβιστατι), avaient établi leurs comptoirs ; autour d'eux se réunissaient les marchands ou les oisifs en quête de nouvelles commerciales. Au-dessus de ceux-ci se plaçaient les gros capitalistes (δανειστατι ou τοκιστατι) qui faisaient valoir leurs fonds en les prêtant soit à l'agriculture, soit surtout au commerce maritime ; et enfin les trapézites, qui étaient de véritables spéculateurs sur les matières d'or et d'argent ; comme nos grandes maisons de banque, ils concentraient entre leurs mains les fonds disponibles, servaient aux déposants un leger intérêt, fournissaient au commerce les capitaux dont il avait besoin ; ils servaient de correspondants à leurs clients ; faisaient des avances sur gage, et un jurisconsulte, M. Caillemer, a pu croire que les Athéniens avaient connu la lettre de change, ou tout au moins le chèque. Il nous reste un souvenir

Digitized by Google

fameux de ce mouvement financier et commercial dans le plaidoyer de Démosthènes pour le banquier Phormion (1). Nous y voyons que les τραπεζιται formaient entre eux de petites sociétés restreintes (2) ; et il est certain qu'ils avaient acquis bien vite le rang que donne la richesse, et l'influence qui appartient chez les peuples libres à quiconque contribue à la prospérité matérielle de l'État. Leur profession était respectée et librement exercée sous le contrôle de l'opinion publique toujours en éveil et sous l'autorité des lois.

16. — Tout autre fut la situation des banquiers romains. Héritant d'une fonction jadis remplie par les esclaves et les affranchis, depuis presque toujours occupée par des Grecs ou des étrangers, ils bénéficiaient de tout le mépris qu'éprouvait pour les affaires d'argent un peuple guerrier et agricole, qui avait longtemps souffert de l'usure et n'avait jamais conçu pour le travail manuel de l'ouvrier des villes qu'une défaveur marquée. En but aux sarcasmes des satyriques, à la haine des gens besogneux, ils subissaient plus encore les entraves d'une législation étroite et jalouse, faite pour un petit peuple, admirablement combinée pour le développement du droit civil, mais fermée aux étrangers et incapable de se plier à toutes les exigences des relations commerciales.

D'ailleurs ces petits banquiers romains ne nous apparaissent guère au début avec le prestige et l'ampleur qui appartiennent aux grands promoteurs du commerce. Ce sont uniquement de petites gens faisant le trafic de prêteurs d'argent, des usuriers établis en plein vent dans les échoppes qui entouraient le *forum* ; leur comptoir est le rendez-vous des débauchés, des courtisanes et des fils de famille en quête de ressources ou de bonnes fortunes. M. Ch. Pilette (3) nous les représente comme les dignes précurseurs des Juifs du moyen-âge, pratiquant l'usure sur une haute échelle et parfois s'enfuyant du *forum* avec les valeurs qui leur étaient confiées (4). De tels portraits ne devaient avoir rien d'exagéré à l'époque de la Rome Républicaine et aux débuts de l'Empire. Il faut croire cependant que plus tard, et surtout au Bas-Empire, la profession des *argentarii* avait pris une importance presque considérable. Ils forment alors une association (*collegium*), réglementée comme l'étaient alors tous les corps de métier ; ce sont eux qui sous Théodose sont chargés des émissions de numéraire ; et ils parviennent sous Justinien à faire abroger la loi qui leur défendait comme à tout com-

1. Georges Perrot. *Rev. des Deux-Mondes*, 1873. Caillemer. *Les antiquités juridiques d'Athènes. Lettres de change et contrats d'assurance.* In-8°, 1819. Albert Desjardins. *Les plaidoyers de Démosthène*, 1862.

2. Démosth. Contr. Dyonisod. § 1. Contr. Timothé. § 31. Contr. Phormion, § 8.

3. Rev. des deux Mondes, 1861.

4. Plaute, Curcul. act. 3, § 1, act. 4, L. 2. Mostellaria, act. 5, L. 2. —Horace, 1, sat. 2, 16.

Digitized by Google

merçant, l'entrée des offices, même provinciaux (1). Le prêt à intérêt et les dépôts irréguliers formaient leurs principales opérations; cette dernière avait même été favorisée par la création d'un privilège spécial accordé au déposant au cas de faillite de l'*argentarius* (2). De plus le droit romain s'était départi de ses rigueurs en introduisant à leur profit, peut-être exclusif, certaines institutions et quelques contrats spéciaux, tels que le *receptum*, inspiré par l'idée qui a donné naissance à nos comptes courants, et la compensation dont nous parle Gaïus dans son quatrième commentaire au paragraphe 63. Cette dernière qui obligeait les banquiers à réduire à une seule poursuite les actions diverses qui pouvaient être nées entre eux et leurs clients, était peut-être née, comme l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, d'une pensée de défiance contre les *argentarii* (3). Nous pourrions ajouter comme fréquemment employé par les banquiers un contrat d'une nature restée obscure, que les commentateurs nomment *pariatio* (4). Ce serait une sorte de compensation conventionnelle et non plus forcée; elle pouvait exister entre toutes personnes dont l'une d'elles ouvrait un compte à l'autre en convenant que la balance constituerait un reliquat. Nous ne parlerons pas, sur le foi de quelques passages des lettres de Cicéron à Atticus, de ce que quelques interprètes un peu hardis ont appelé du nom de lettre de change (5) : Pothier a montré qu'il était question seulement d'un double mandat dont la combinaison n'avait rien de commun avec nos effets de commerce (6). Enfin quand nous aurons dit que les *argentarii* s'associaient fréquemment et que le droit romain avait déclaré la solidarité née de plein droit de l'engagement d'un seul des associés, nous aurons à peu près tracé les traits généraux de la physionomie des affaires de Banque à Rome et à Constantinople, au temps du Bas-Empire.

17. — Toutes ces négociations sans doute offraient des ressources au petit commerce, le plus souvent aux prodigues; mais là s'arrêtaient les plus hautes conceptions des financiers de l'époque. L'argent demeurait inactif : le travail et l'industrie n'en profitaient guère; pendant ce temps l'agriculture était délaissée et Pline pouvait lancer cet arrêt de mort : *Latifundia perdidere Italiam* ! D'ailleurs le capital à peu près stérilisé devait toujours être prêt à pouvoir être représenté à une échéance fixe, sinon à première réquisition; et l'exigibilité toujours rapprochée ne permettait que très difficilement

1. L. 12, Cod. 12, 58. L. 1, Cod. 12, 35
2. M. May, 1873, Des *argentarii* dans le droit romain.
3. M. Pilette. Rev. histor. 1861, p. 12. M. Lair, De la compensation, p. 10.
4. Voët; *ad tit. compens. in princ.*
5. Cic. Lettre à Attic. L. 421, 542, 545, 745.
6. Pothier. Trait. du Cont. de change, n° 6.

Digitized by Google

plusieurs cessions de créance successives. C'est à peine si le créancier primitif et un premier ou deuxième cessionnaire pouvaient tirer profit de leur droit en le cédant à prix d'argent ; le troisième atteignait le terme sûrement et devait se charger de la réalisation effective. L'idée n'était jamais venue d'un capital aliéné sans époque fixe de remboursement et destiné, sous la réserve d'un simple fonds de garantie, à fournir à l'industrie des ressources incessantes. On ne pouvait imaginer que le simple droit au remboursement des fonds versés pût devenir une marchandise négociable, fournissant, par suite d'achats et de ventes successives, le moyen pour le créancier de toucher à son gré le montant de sa créance, sans retrait de fonds pour le débiteur. Une telle conception, qui fait du droit aux bénéfices annuels une marchandise courante et du droit au capital une sorte de créance à terme dont l'échéance est incessamment reculée, suppose chez les dépositaires des fonds autre chose que des garanties personnelles de fortune et de moralité. Cela suppose une production incessante ; le travail doit être à la base d'une telle institution comme le fondement même du crédit qu'on lui accorde, et il doit être à son couronnement comme le résultat fécond des ressources accumulées. Le travail, le sentiment des grandes entreprises, devient l'agent actif, le promoteur qui montre la nécessité de bénéfices sans cesse accrus afin d'éviter le retrait du capital.

18. — Cette idée que le droit Romain n'avait pas entrevue, que les Grecs auraient peut-être réalisée, a été le fruit de l'esprit d'association qui féconda la société du moyen-âge. Elle est sortie, comme la plupart des choses puissantes, non d'une théorie préconçue, mais d'un expédient de pratique. L'esprit d'association se trouvait alors merveilleusement secondé ; les idées chrétiennes avaient développé les sentiments de fraternité ; la nécessité de résister aux puissants poussait les faibles et les opprimés à s'unir pour défendre leurs intérêts ; enfin le sentiment très vif de liberté qui animait les différentes classes de la société au point de vue de leur indépendance réciproque, faisait que chacune de ces petites associations était véritablement maîtresse chez elle et pouvait devenir une force réelle.

19. — La communauté de vie et de biens se rencontre partout au moyen-âge ; les mainmortables se groupent et se reserrent, ils n'ont qu'un seul patrimoine commun afin d'échapper au droit du seigneur sur les biens laissés par chacun des sèrfs à son décès. Ces petites sociétés qui vivaient au même pain, partageaient le même logis, les mêmes labeurs, s'appelaient des comparsonniers. Guy Coquille nous a laissé de ces communautés une description patriarchale et touchante, dans un style où l'esprit de Montaigne perce à travers la gravité du jurisconsulte. Ces communautés ont survécu à toutes les révolutions ; et en 1840 M. Dupin retrouvait dans la Nièvre, en plein

Digitized by Google

Morvan, une de ces vieilles familles, fortement implantée au sol, ayant son chef, ses lois, ses constitutions, et plus fière de ses coutumes et de sa longue existence que les plus grands seigneurs ne pourraient l'être de leurs titres de noblesse (1). Les hommes libres comme les serfs vivaient souvent aussi en commun et formaient des sociétés taisibles dont les membres héritaient des prémourants. Qu'est-il étonnant de voir dans une pareille civilisation la communauté de biens s'établir entre époux, comme le résultat naturel de la communauté de vie ? A côté de ces associations de famille, se forment les corps de métier ; dès qu'une idée commune, ou qu'un même but rapproche plusieurs individus, ils s'associent et deviennent une confrérie ; les ouvriers s'organisent en corporations et chaque métier a la sienne. Enfin quand le commerce s'étend, les maisons importantes s'associent entre elles et fondent dès le XIIIe siècle les premiers types de nos grandes sociétés commerciales.

20. — C'est parmi les banquiers Florentins qu'il faut chercher surtout cette vitalité puissante, cette fécondité d'invention, cette force d'association qui a été l'honneur de cette République. Comme les τραπεζιται grecs, on nous montre les banquiers Florentins assis sous de larges portiques ouverts, le *Loggie*, ils occupent une longue rue près du Mercato Vecchio, la via de Tavolini (tables, comptoirs, c'est le même mot qu'à Athènes). Comme en Grèce, ils jouissent du même ciel clément qui favorise la vie en dehors ; comme à Athènes, ils vivent au milieu d'un peuple ouvert à toutes les activités, amoureux de la richesse, en vue des arts surtout, et ne connaissant pas de plus légitime noblesse que celle de l'esprit ; mais aussi, ce qui n'existait plus à Athènes, ils ont affaire à un peuple grave et réfléchi en même temps qu'ouvert aux choses de l'esprit ; et sur cette population libre ce sont eux qui règnent ; les banquiers sont à la tête du gouvernement de la Signoria : ces palais massifs et puissants, qui nous étonnent à la base par leur masse imposante et en haut ravissent le regard par la délicatesse de leurs frises et la grâce de leur couronnement, image de cette Italie guerrière dont les révolutions mêmes les plus sanglantes n'avaient jamais défraîchi le sourire et qui était alors le pays des idées puissantes comme des amoureuses rêveries, ces palazzi étaient ceux des Bardi, des Peruzzi, des Corsini, des Buonacorsi, les plus grands banquiers de l'Europe (2). Les livres de commerce de la grande maison des Peruzzi nous ont été conservés de 1292 à

1. Guy Coquille, 58. *Questions sur les coutumes.* — Voir les Bordelages, dans la Cout. du Nivernais, 52e *Quest. sur la coutume.* — Lettre de M. Dupin à M. Etienne, de l'Académie française sur la communauté des Jault.

2. Villani. Lib. XI, l. 137, et XII, C. 54.

Digitized by Google

1343, date où cette maison suspendit ses paiements (1). Nous pouvons y étudier une à une chacune des opérations auxquelles elle se livrait. C'était une vaste société, ayant de nombreuses succursales dans toutes les places de l'Europe et dont l'influence égalait la richesse. Au moment de la guerre d'Edouard III d'Angleterre contre la France, le découvert des compagnies Bardi et Peruzzi à son égard se montait à plus de 1,365,000 florins d'or (2). L'une des formes de nos sociétés modernes existait déjà à cette époque, la commandite. Elle avait commencé par le command de bestiaux ; le propriétaire fournit le troupeau, le fermier son travail et ses soins et tous deux partagent les revenus. Plus tard les capitalistes ont apporté leurs fonds aux travailleurs chargés de les faire valoir, le principe est le même. Cette idée devait être féconde à une époque où le prêt à intérêt était prohibé en haine de l'usure et par suite d'une interprétation forcée de l'Évangile. Transplantée dans un pays comme la France où la noblesse ne pouvait se livrer au commerce sans déroger, elle devait prendre un développement considérable.

21. — Ainsi donc dès le XVIe siècle les sociétés en commandite règnent partout en France comme en Italie. A ce moment depuis déjà près de deux siècles la lettre de change est connue (3). Les créances commerciales, à l'aide d'un titre négociable, circulent de main en main comme de la monnaie qu'on se passe : telle est la première apparition de nos valeurs mobilières; la puissance de circulation est bien en effet leur premier caractère: le second devait être la division du capital. Les titres nouveaux représenteront non plus une créance exigible à terme rapprochée, mais un véritable droit de copropriété sur un capital social; ce dernier divisé à l'infini se trouvera représenté par toutes ces parts multiples, celles-ci pourront être aliénées, et par suite de nouveaux associés se substitueront sans cesse aux anciens, sans que la société se dissolve ou n'éprouve aucune influence de ce mouvement qui se produit en dehors d'elle et sans l'atteindre. Jusque là ces éléments n'apparaissent pas encore; M. Troplong a cru cependant découvrir l'origine de nos actions sociales dès le XIIIe siècle (4). Une société s'était fondée pour l'exploitation du moulin de Basacle, près de Toulouse; la valeur totale de l'usine avait été divisée en un certain nombre de parts, connues sous le nom d'uchaux, et que l'on distribua entre tous les associés, ou pairiers, dans la proportion de leur apport. L'administration de l'entreprise était confiée à des syndics, appelés Bajuli et les bénéfices étaient partagés entre les associés dans la proportion du nombre d'uchaux que chacun d'eux

1. Les anciens banquiers Florentins. L. Simonin. *Rev. des Deux Mondes*, 1er fév. 1873.
2. Michelet. *Hist. de Fr.* tom. V, p. 379-380 et note 1.
3. Pothier, *cout. de change*, § 6.
4. Troplong, *Sociétés*, préface p. LXXV.

Digitized by Google

possédait. Quoi qu'il en soit de la valeur de cette assertion, il est certain que dès le XVe siècle, quand les grands navigateurs nous eurent ouvert la route des Indes, les compagnies qui se formèrent pour l'exploitation de ces contrées nouvelles avaient leur capital divisé en actions. Sous le ministère de Richelieu, en 1626, Louis XIII avait autorisé la compagnie de Saint-Christophle ; en 1628, celle de la Nouvelle-France. Avec Colbert, Louis XIV va fonder les nombreuses sociétés industrielles dont les produits ont été la gloire de notre industrie nationale ; et comme posséder une action, c'était être associé et par suite commerçant, le roi permettra à la noblesse de devenir actionnaire sans dérogeance. Lui-même et la famille royale donneront l'exemple. Lors de la fondation de la compagnie des Indes Orientales, la cour possédait pour 2 millions d'actions (1). Le commerce allait à la conquête du monde ; et Montesquieu pouvait admirer ces compagnies nouvelles faisant corps dans l'État, sans que celui-ci en fût gêné, ni embarrassé (2).

22. — Déjà, il est vrai, on avait pu pressentir tous les dangers de l'innovation ; l'engouement des prêteurs activé par des espérances inconsidérées, il faut bien le dire aussi, la hardiesse de certaines entreprises à peu près irréalisables, les obstacles nés de la concurrence étrangère, et plus encore ceux qui venaient de la politique, avaient été la cause de désastres réels. La spéculation commençait aussi à se donner libre carrière ; le commerce des actions devenait un jeu dangereux ; et aux catastrophes qui pouvaient résulter de la banqueroute des compagnies, s'ajoutaient les désastres particuliers qui atteignaient les joueurs à chaque échéance. Enfin une forme nouvelle de titres venait d'apparaître qui allait augmenter la défaveur que les actions s'étaient acquise auprès des moralistes sévères et des jurisconsultes de vieille roche.

23. — Nous avons vu que pour échapper aux formalités de la cession de créances, on avait créé, sous le nom d'effets de commerce, des titres transmissibles par une simple mention au dos du nom du cessionnaire, sans qu'il fût besoin de signification au débiteur. On voulut s'affranchir même de cette formalité de l'endossement, et on avait créé vers la fin du XVIe siècle des billets en blanc où ne figurait pas le nom du créancier ; le détenteur n'avait qu'à inscrire le sien pour avoir droit au paiement. La cause de l'engagement du débiteur n'était pas énoncée ; le billet portait ces mots très-vagues « valeur reçue ». Aussi les fraudes pratiquées à l'aide de semblables titres provoquèrent les arrêts de réglement des 7 juin 1611 et 26 mars 1624 qui les proscrivirent.

1. Voltaire : siècle de Louis XIV, p. 66.
2. *Esprits des Lois*, liv. 21. Ch. 21.

Digitized by Google

Aux billets en blanc succédèrent les billets au porteur ; ils étaient déclarés payables au possesseur quel qu'il fût et il devenait par suite inutile d'y apposer aucun nom. Les mêmes abus reparurent. Vauban s'éleva fort contre ces titres qu'il considérait comme un moyen de cacher sa richesse et de tirer frauduleusement l'intérêt de son argent (1). Savary devait reprendre plus tard les mêmes doléances. Cependant les transactions commerciales s'accommodaient fort bien de ces billets d'un nouveau genre ; aussi malgré un arrêt prohibitif de 1650, les billets au porteur émis par des particuliers s'étaient perpétués ; ils ne disparurent qu'à la suite d'un édit de mai 1716, enregistré le 23, qui les avait proscrits sous des peines rigoureuses. Mais tandis que les billets au porteur émanant de simples particuliers, et par suite susceptibles de favoriser l'usure, disparaissaient de la circulation, d'autres billets en la même forme continuaient à subsister. L'État en effet avait déjà depuis près d'un demi-siècle adopté cette forme pour l'émission de ses emprunts. Tels étaient les billets de l'Hôtel des Monnaies, les billets des receveurs généraux et autres billets d'État qui furent exceptés de la prohibition de l'édit de 1716 ; ils survécurent même à la ruine de la banque de Law et se perpétuèrent jusqu'à la Révolution. Il nous reste donc à parler maintenant de billets émis par le fameux financier dont nous venons de citer le nom.

24. — Celui-ci en était venu à se persuader que les métaux précieux ne remplissaient que par abus le rôle d'agents de la circulation. Selon lui, la monnaie par excellence, c'était le papier parce qu'il manque de valeur intrinsèque. « Il y a lutte perpétuelle, disait-il, entre les propriétaires des choses et les détenteurs de l'argent. Les premiers font la loi aux seconds quand les denrées et les marchandises sont rares ; ils la subissent au contraire quand elles deviennent communes. Cependant la justice et l'intérêt général veulent que la valeur ou le prix des choses ne dépasse jamais la limite des frais de production. Or, il n'y a qu'un moyen pour atteindre ce résultat : c'est de faire que la somme de la monnaie soit constamment en équilibre avec la quantité des choses ; hypothèse qui se réalisera du moment que l'on pourra fournir, sur des garanties réelles, du numéraire à tous ceux qui en réclameront. Si la monnaie sous forme métallique, rend ce *desideratum* une chimère, rien n'est plus facile que son accomplissement, avec la monnaie sous forme de papier (2). » Comme application de sa théorie, il avait donc proposé l'établissement d'une banque territoriale qui aurait mis en circulation du papier ayant cours obligatoire jusqu'à concurrence d'une certaine portion de la valeur des terres du pays. Cette banque n'aurait donné et reçu que

1. Économistes financiers. Vauban, p. 84.
2. Law. *Considérations sur le numéraire*, Ch. VII.

Digitized by Google

des billets; et, pour que la somme du numéraire ne devînt jamais supérieure aux besoins, elle aurait repris la monnaie à titre de placement des mains de tous ceux qui n'auraient pas trouvé à en faire emploi. De cette manière, ajoutait-il, la monnaie ne sera jamais ni trop chère, ni trop à bon marché, et le travail sera sans cesse en mouvement (1).

25. — Le régent avait été converti à ces idées, et le 2 mai 1716, Law obtenait le privilège de créer une banque particulière. Le fonds de cette banque fut de 6 millions divisés en 1,200 actions de 5,000 livres chacune. Ces dernières étaient au porteur : c'est la première apparition de titres de cette nature émis par des compagnies et sociétés ; elle coïncidait avec l'édit qui proscrivait les billets au porteur émis par les particuliers, si bien que l'on put se demander si une idée de concurrence n'avait pas été l'origine de cette disposition émanée du Palais-Royal. Le montant des actions fut fourni un quart en argent et trois quarts en billets d'État. Le 10 avril 1717 un arrêt du conseil ordonnait aux comptables publics de prendre le papier de la nouvelle banque en paiement des contributions. Law s'adjoignit successivement diverses compagnies formées en commandites ; en 1717 l'ancienne compagnie concédée à Crozat et devenant la compagnie d'Occident ; en 1719 enfin, celle des Indes Orientales qui allait former avec les précédentes réunies en un seul groupe la fameuse société de la Banque-Royale.

Déjà l'engouement du public ne connaissait plus de bornes. De nouvelles émissions jetèrent sur la place du papier en quantité considérable ; et un arrêt du conseil du 27 août 1719 apprenait au pays l'attribution du bail des fermes générales à cette Compagnie et les offres faites par elle au roi de lui prêter à 3 pour 100 d'intérêt la somme de 1500 millions destinée au remboursement de la plus forte partie de la dette publique. Alors les émissions nouvelles se précipitèrent, l'agiotage devint effréné. Ces nouveaux effets prirent le nom de cinq-cents, parce qu'ils avaient pour titre le certificat de paiement de la somme de 500 livres que les acquéreurs étaient tenus de verser en souscrivant. Tout ce papier représentait un capital nominal de 300 millions dont l'agiotage devait élever la valeur à 12 milliards. A ce moment les spéculateurs habiles commencèrent à vendre, il y eut encombrement, les difficultés allaient se présenter. La lutte s'engagea entre la chimère théorique que l'on voulut faire passer dans la réalité des faits et les fluctuations de la confiance publique seule capable d'imprimer à la monnaie, métal ou papier, sa bonne marque et son permis de circulation. Il fallait arriver à proscrire en partie les monnaies d'or et d'argent. Alors les réaliseurs prodiguèrent le papier en échange des terres, des maisons,

1. Eug. Daire. *Coll. des écocom.* Note sur Law.

Digitized by Google

des diamants. De son côté Law fit revivre les anciennes ordonnances contre le luxe et prohiber les pierres précieuses. Enfin il fit poser la dernière pierre du système par la déclaration du 11 mars jointe à l'arrêt célèbre du 5 du même mois, qui attribuait une valeur fixe de 9000 livres à l'action, et qui statuait qu'un bureau serait ouvert pour convertir à volonté les actions en billets et les billets en actions. Il croyait ainsi avoir résolu le problème, cette chimère, de pourvoir toujours la société d'une somme de monnaie qui ne fût jamais *ni au-dessus ni au-dessous de ses besoins*. La monnaie devenait-elle trop abondante? Elle irait à la banque se convertir en actions. Était-elle trop rare? Ce seraient les actions qui iraient à la banque se convertir en billets. Pour qu'il en fût ainsi, il ne fallait pas que la monnaie conservât sa valeur intrinsèque, qu'elle fût d'or ou d'argent; ce point avait été tranché par la déclaration du 11 mars. Mais les actions seules coururent à la banque se transformer en billets. On en arriva, par un édit du 21 mai 1720, à prononcer, pour le 1er décembre, la réduction graduelle de l'action à 5000 livres et des billets à moitié. Le système était condamné. En résumé il avait été réalisé : 1° par l'édit du 28 janvier qui forçait le cours du billet par tout le royaume; 2° par celui du 5 mars qui monétisait l'action; 3° par la déclaration du 11 mars qui démonétisait l'or et l'argent. On avait pu le juger à ses œuvres; les désastres s'accumulaient. L'édit du 21 mai fut rapporté à quelques jours d'intervalle; mais la confiance était perdue. La nature des choses amena la chute du papier-billet et du papier-action. Le retour complet à la monnaie métallique fut décidé par arrêt du 10 octobre. La catastrophe devait suivre de près.

26. — L'application de ce système, qui n'était autre chose qu'une illusion et une erreur économique, eut sur le sort des valeurs mobilières en général une influence néfaste; il les discrédita. Law avait eu le double tort, au point de vue juridique, de leur attribuer un rôle pour lequel elles ne sont point faites, et, au point de vue de l'honnêteté publique, de les faire servir à un métier auquel elles ne se prêtent que trop facilement. L'action n'était devenue entre ses mains que le titre représentatif d'une monnaie artificielle; en lui attribuant une valeur fixe il n'en faisait autre chose qu'un papier-monnaie portant intérêt naturellement et sans autre forme de placement; il lui enlevait sa nature propre qui est d'être une part sociale susceptible de toutes les variations qui peuvent atteindre dans sa valeur intrinsèque le capital qu'elles représentent. Ce dernier ne serait-il autre chose que le sol même du pays, il n'en suivrait pas moins que les actions foncières dont il serait la garantie seraient exposées à toutes les fluctuations de la confiance publique, au gré des dépréciations dont la propriété territoriale elle-même n'est pas exempte.

Digitized by Google

De telles erreurs eussent été facilement réparables ; mais ce qui l'était moins ce fut le scandale de cet affolement financier qui fit sortir comme de dessous terre tant de fortunes subites, dont le peuple des campagnes, épuisé par une disette récente, condamné à un travail qui ne lui rapportait ni bien-être ni profit, cherchait en vain la justification ou l'excuse. Une seule journée d'agiotage, une seule de ces scènes tumultueuses dont fut témoin l'Hôtel de Nevers, scènes à la fois tristes et grotesques, où une foule singulièrement mêlée, faite de gentilshommes et d'ouvriers en rupture de journée, de femmes galantes et de petites bourgeoises âpres au gain, préludant par une débauche d'or à des jeux plus sanglants, une seule scène de ce genre faisait plus pour la déconsidération du travail et l'abaissement de la moralité que n'avait pu faire l'exemple des oisivetés les plus inutiles ou celui des inégalités les plus injustifiées. Aussi, au milieu même de cette fièvre de spéculation sans pudeur, une voix grave et austère s'était élevée pour plaider la cause de l'honnêteté publique, la voix du chancelier d'Aguesseau. Après avoir vigoureusement flétri l'agioteur, cet homme d'ordinaire sans talent ni habileté, ce déclassé, cette épave des positions honorables, cet incapable en un mot, qui se fait un jeu des fortunes privées et trouve son bénéfice dans les ruines qui s'accumulent ; après avoir stigmatisé tant d'élévations rapides et scandaleuses, il s'attaque à la spéculation elle-même, laquelle a pour but, dit-il, d'augmenter les besoins des hommes par le fait d'accaparer toutes les valeurs d'une certaine espèce afin d'être maître de la place et d'y exercer une espèce de monopole ; il examine en jurisconsulte la nature même de l'opération ; il reproche au spéculateur d'assumer en fait en sa personne deux qualités incompatibles, celle de vendeur et d'acheteur ; il déclare que ce que l'on nomme vente ou achat n'est en somme qu'une loterie ou un pari ; que la vente, fût-elle sérieuse, si elle a pour but la hausse ou la baisse des valeurs, est fondée sur une cause illicite qui la rend radicalement nulle. Enfin il fait le procès à l'action elle-même ; en soi ce n'est qu'une espérance, quelque chose d'incertain, un papier comme on en donne aux jeux de hasard ; et il en arrive à considérer comme illégitime le fait d'acquérir et de posséder des actions même avec l'intention de ne pas les vendre (1).

27. — Le chancelier avait écrit, il faut bien le reconnaître, sous le coup d'une panique véritable ; et dans sa haine pour les excès où avait conduit le commerce des valeurs mobilières, il avait perdu de vue et le rôle que ces dernières étaient appelées à remplir et même leur véritable caractère juridique. Aussi nous ne saurions mieux faire pour rétablir la vérité sur ce

1. D'Aguesseau. *Mémoire sur le commerce des actions.* Œuv. t. X, p. 169.

Digitized by Google

point et donner de ces sortes de biens une idée parfaitement exacte, que de citer l'excellent passage de Melon (1) sur cette matière : « la circulation des fonds est une des grandes richesses de nos voisins ; leurs banques, leurs annuités, leurs actions, tout est en commerce chez eux. Les fonds de notre Compagnie seraient comme morts, dans le temps que les vaisseaux les transportent d'une partie du monde dans l'autre, si par la représentation des actions sur la place, ils n'avaient une seconde valeur, réelle, circulante, libre, non exigible, et par conséquent non sujette aux inconvénients d'une monnaie de crédit, et en ayant néanmoins les propriétés essentielles. » Puis comparant l'action et le contrat de rente, il continue : « l'actionnaire reçoit son revenu comme le rentier ; l'un ne travaille pas plus que l'autre et l'argent fourni par tous les deux, pour avoir une action ou un contrat, est également applicable au commerce ou à l'agriculture. Mais la représentation de ces fonds est différente, celle de l'actionnaire, ou l'action, est plus circulante, produit par là une plus grande abondance de valeurs, et est d'une ressource assurée dans un besoin pressant et imprévu. Le contrat a des propriétés d'un autre genre d'utilité; le père de famille ne peut laisser sans danger des actions à des héritiers mineurs souvent dissipateurs ; il laisse des contrats qui ne sont pas sujets au vol et dont on ne peut pas se défaire de la main à la main. Ces contrats assurent et manifestent les biens d'une famille, procurent du crédit et des établissements. Enfin il est bon qu'il y ait en France ces deux espèces de fonds. » Il résulte de ce passage que les actions étaient devenues rares en France, toutes les commandites avaient sombré dans le désastre financier ; le but de l'action s'y trouve admirablement précisé, c'est de l'argent qui n'est pas stérile, il travaille dans le portefeuille ; son caractère principal est fort bien dégagé : c'est un titre négociable avant tout ; tout doit être sacrifié à sa puissance de circulation, aussi concevait-on surtout les actions au porteur ; cela explique que l'action fût meuble, quand la rente était immeuble, qu'elle ne soit pas considérée comme ayant une assiette fixe et par suite regardée comme dangereuse entre les mains des mineurs.

28. — Enfin nous ajouterons en terminant que la spéculation elle-même a son utilité, sa nécessité même, dans une société industrielle et commerciale. C'est elle, dit M. Cauwès (2), qui facilite le classement des valeurs industrielles ; et elle est spécialement utile à l'Etat pour assurer le succès des grands emprunts nationaux. On redoute que les opérations de Bourse n'absorbent et ne stérilisent une trop grande quantité de capitaux ; mieux vau-

1. Melon. *Essais politiques sur le commerce.* p. 77.
2. Economie politique, t. 1er nº 647, *in fin.*

Digitized by Google

drait assurément que les capitaux se portassent vers des emplois industriels ; mais il faut remarquer que la spéculation sur les valeurs alimente indirectement les sociétés industrielles. Les capitaux vraiment stérilisés sont ceux qui sont destinés à solder les différences des jeux de Bourse. »

29. — Quoi qu'il en soit cette réhabilitation des valeurs mobilières se fit longtemps attendre. L'échec qu'elles avaient subi fut tel qu'elles ne purent s'en relever avant la Révolution ; et les temps qui suivirent furent moins favorables encore à leur réapparition ; elles faillirent même se trouver compromises à nouveau par l'émission des assignats, autre sorte de papier-monnaie, qui n'étaient au début que des bons sur les communes, garantis par les biens nationaux, mais auxquels l'Etat assigna cours forcé, qu'il émit en quantité de beaucoup supérieure au gage affecté, et qui finirent, leur crédit perdu, par dégénérer en mandats territoriaux, emportant hypothèque, privilège et délégation spéciales sur tous les domaines nationaux.

30. — Cependant au milieu même de ces embarras financiers, la dette publique venait d'être reconstituée sur des bases nouvelles, et le crédit commençait à renaître. Toutes les rentes et les différentes créances sur l'Etat, formant alors la dette non consolidée, avaient été fondues en un seul et même mode d'inscription, grâce à la création du grand livre de la dette publique. Chaque créancier avait été muni d'un titre, déclaré négociable par simple transfert et donnant droit aux intérêts annuels. Les rentes ne devaient plus avoir d'autre valeur que celle fixée chaque jour par le cours du marché (1). L'Etat y avait gagné de reculer à son gré, c'est-à-dire indéfiniment, le remboursement du capital (décret des 24 août et 13 septembre 1793). Depuis la rente subit des variations nombreuses. Après les évènements de fructidor, le Directoire, à la veille d'une banqueroute, remboursa une partie du capital en assignats dépréciés et décréta la formation d'un nouveau grand-livre sur lequel serait inscrit le tiers des intérêts dus par l'Etat, sous le nom de tiers-consolidé. Cette sorte de concordat imposé aux créanciers de la nation n'était pas fait pour rassurer la confiance, la rente baissa de plus en plus. Elle se releva seulement au début du Consulat, après la loi du 30 ventôse an IX qui avait autorisé l'émission de nouvelles rentes perpétuelles, au taux de 3 pour 100. Le crédit public était redevenu assez prospère lors de la rédaction du Code civil.

31. — A ce moment d'ailleurs les Bourses de commerce existaient déjà ; tous les différents types de valeurs mobilières étaient connus ; il ne restait plus rien à créer, mais à développer ce qui existait alors ; nous verrons comment le code a pu faciliter ou retarder ce mouvement et quelle part a été

1. Buchère. Traité des valeurs mobilières. nº 74.

Digitized by Google

faite aux valeurs mobilières dans nos lois modernes. Mais avant de passer à cette étude, nous devons, après avoir suivi ces valeurs dans leur développement économique et financier, examiner la situation juridique qui leur avait été faite sous l'empire du droit ancien.

6. — *Du régime des valeurs mobilières et de leur nature juridique en ancien droit.*

33. — Lorsque les valeurs mobilières firent leur apparition sur la scène économique, une classification fameuse et ancienne englobait alors tous les biens de quelque nature qu'ils fussent ; elles durent s'en accommoder et entrer dans la distinction régnante, s'y caser comme elles purent et suivre les règles de la classe à laquelle elles allaient être affectées. Tous les biens étaient en effet compris sous l'une de ces deux catégories, meubles ou immeubles.

34. — Des distinctions analogues se retrouvent sous toutes les législations ; les unes se réfèrent à des différences matérielles dans la nature même des biens qui y sont soumis ; les autres n'envisagent la nature des biens que par rapport aux avantages qu'ils peuvent produire. Ces dernières sont de deux sortes, car les avantages auxquels elles se réfèrent peuvent être réels, et identiques pour tous les hommes ou à peu près, ou bien n'emprunter leur réalité qu'à des causes artificielles, telles que des rapports établis entre la possession de ces biens et certaines idées de considération sociale ou politique. La distinction romaine des meubles et des immeubles offre un exemple des premières ; celle des choses en *res mancipi* et *nec mancipi* réalise la seconde ; et la troisième a trouvé sa plus large application dans la nouvelle distinction des biens en meubles et immeubles, telle que le moyen-âge et l'ancien droit l'avaient comprise (1).

35. — On ne s'attachait pas alors à la nature économique de la propriété territoriale ; l'immeuble n'était pas regardé seulement comme la source de toutes les choses nécessaires à la vie, le bien précieux par excellence ; le moyen-âge avait fait de la terre l'origine même de la puissance sociale et politique. Cette idée avait dû facilement se faire jour chez des peuples dont l'établissement avait été basé sur le droit de conquête ; les anciens chefs militaires avaient joui alors d'une indépendance telle qu'ils avaient pu considérer comme leur domaine souverain le sol dont ils s'étaient emparés et où ils régnaient en maîtres. Dès lors concéder quelques-uns des droits qui vous appartenaient sur le sol du pays et que vous teniez de vos ancêtres, c'était en

1. Summer Maine : L'ancien droit. Ch. VIII, p. 284 à 288.

Digitized by Google

quelque sorte faire participer le concessionnaire nouveau aux titres du conquérant lui-même et l'associer à cette occupation primitive qui avait fondé la domination du possesseur du fief dominant. Aussi quand le roi eut sanctionné l'hérédité des bénéfices, et qu'il eut transformé ces droits de jouissance précaire en concessions perpétuelles, il ne fit doute pour personne, pas même pour lui, que la puissance publique n'avait été par là démembrée. Chacun rattacha au sol dont la possession venait de lui être assurée, les charges et dignités qu'il tenait de la bienveillance royale, si bien que de plus en plus l'exercice des pouvoirs sociaux, et entre autres celui de la justice, devint une dépendance de la possession territoriale. La terre est devenue une seigneurie, et quand on parle d'aliénation, c'est comme si l'on traitait d'État à État. L'immeuble est le bien noble par excellence; et cette qualité, en souvenir de son origine, lui demeurera quand déjà depuis longtemps auront disparu les avantages politiques de la possession territoriale. Placé dès lors à ce point de vue, le droit ancien n'imagine qu'une seule classification : ce qui était bien noble, les immeubles, que l'on entourait de protections spéciales et de solennités juridiques particulières, et d'un autre côté tous les autres biens, envisagés sous le rapport de la simple jouissance immédiate et passagère qu'ils pouvaient procurer, biens d'une nature plébéienne, accessibles à tous, et appelés indifféremment meubles.

36. — Il suivit de là qu'au point de vue des facilités d'aliénation, la distinction acquit une importance considérable. C'était d'ailleurs un des principes de l'ancien droit germanique que l'immeuble était presque frappé d'inaliénabilité. La copropriété ayant été le régime primitif de la propriété, l'*allod* n'était alors qu'un bien patrimonial; le père, représentant de la collectivité familiale, ne pouvait à lui seul le faire sortir du patrimoine commun (1).

Il en est tout différemment quand il s'agit de meubles. Le meuble n'a pas d'assiette fixe; il n'est pas une source de revenus pour celui qui le détient; il n'a pas de nom, pas de situation durable qui puisse rien ajouter à la considération de celui qui le possède. Il appartient à celui qui le détient; et dès la plus haute antiquité germanique nous rencontrons les origines de notre règle que en fait de meubles possession vaut titre (2). Celui qui transmettait volontairement, quoique sans formalité, la possession d'un meuble à autrui, suivait la foi de celui avec qui il contractait; il acquérait contre lui un droit de créance, mais il perdait tout droit réel en revendication, pour le cas où la chose aurait été livrée à un tiers; il ne pouvait la suivre entre

1. Summer Maine, *loc. cit.* Ch. VIII. Cf. Laveley. *De la propriété et de ses formes primitives.*

2. Chauffour. *Rev. de législ.*, 1845, p. 371. Loysel. I, III, VII, 5.

Digitized by Google

les mains du détenteur actuel que s'il prouvait qu'elle lui avait été volée ou qu'il l'eût perdue (1). De même toutes les fois que des biens appartenaient à une communauté; ou se trouvaient être administrés par un autre que le propriétaire, des règles spéciales de protection garantissaient la conservation de la propriété immobilière et ne s'appliquaient plus aux meubles. Ainsi dans cette description si charmante que Coquille nous donne des communautés du Nivernais, nous voyons que le chef ne pouvait aliéner. seul les immeubles, il avait au contraire la libre disposition des choses mobilières (2). Il en était de même du tuteur (*mundeburdus, mundoalbus, bajulus*) ; il ne pouvait aliéner les immeubles du pupille (Lex. Burg. tit. 85. S. 2. Ch. 3, *nec ei liceat exinde quidquam evertere vel alienare*). Même dans ces temps primitifs les proches parents pouvaient, en vue de la succession future, s'opposer à l'aliénation des immeubles de famille, ceux qui provenaient des ancêtres (3).

37. — La disposition que nous venons de rappeler se réfère à une seconde classification qui joua dans le droit ancien un rôle considérable ; elle se présenta d'abord comme une subdivision de la première, puis s'élargissant toujours davantage, elle finit par embrasser, sinon en théorie, du moins en fait, tous les biens : c'est par elle que nous verrons les biens mobiliers se glisser peu à peu dans la catégorie des immeubles, s'élever parfois jusqu'à eux et participer à leurs nobles et sérieuses prérogatives : ce n'est que par elle que nous pourrons avoir une idée exacte des facilités qu'offrait l'ancien droit pour la protection des valeurs mobilières. C'est en effet une classification presque aussi ancienne que la première que celle qui divise les biens, non plus suivant leur nature, mais d'après leur origine, leur titre d'acquisition. Elle date de l'époque où la propriété des biens appartenait en commun à la famille; celui qui, par voie de succession, recueillait un immeuble ayant appartenu à son père ou à un ascendant, n'acquérait sur ce bien qu'une sorte de jouissance concédée à lui et à sa descendance. C'était un bien patrimonial qui ne pouvait sortir du cercle de la famille ; et si venait à s'éteindre la ligne directe de ceux qui se le transmettaient de génération en génération, il remontait en quelque sorte fictivement jusqu'à celui qui l'avait fait entrer dans la famille, comme vers un point central, d'où il redescendait ensuite jusqu'à ceux qui, dans chacune des branches aboutissantes, occupaient le degré le plus rapproché. Il en était autrement des immeubles que chaque membre de la famille avait acquis lui-même de ses propres deniers ; c'était là son patrimoine exclusivement personnel et il était libre

1. Lex Wisigoth. § 4, § 8, Klimrath : *Histoire du droit français*. Tom. I, § CLXVIII.
2. Guy Coquille. Règl. 58.
3. L. Rip. tit. 48. Form. de Marculf. 1, 33, II, 6, 7, 12. Klimrath, *loc. cit.*, § CLXXXIV.

Digitized by Google

d'en disposer. Une pareille distinction se retrouve dans le droit hindou; elle apparaît en germe dans le droit romain relativement au droit de disposition des fils de famille; les premiers biens qui formèrent son pécule personnel furent ceux qu'il avait acquis au service militaire. Mais elle n'acquiert d'importance juridique réelle que dans le droit germanique (1). Elle devait aboutir à la classification célèbre du droit coutumier en immeubles propres et acquêts.

38. — Ce qu'il faut remarquer, c'est qu'au début, et il en fut toujours de même en théorie, cette classification n'était qu'une subdivision de la première, elle n'embrasse que les immeubles. Les meubles restent en dehors de la distinction nouvelle? Sans doute au début ils durent suivre le sort de la propriété immobilière dont ils sont des dépendances; puis peu à peu quand l'idée de la personnalité se dégagea, ils restèrent attachés à la personne et devinrent une propriété individuelle. « Telles sont donc, en ancien droit, dit M. Léon Michel (2), les deux idées fondamentales: l'idée féodale d'un certain ordre hiérarchique entre les personnes et les terres, l'idée coutumière de la conservation des biens dans les familles. Théorie des fiefs, théorie des propres; voilà à quoi se résume, on peut le dire, toute la législation. » Mais ces deux idées se pénétrèrent en quelque sorte et par leur combinaison arrivèrent à donner satisfaction à tous les intérêts.

39. — La première distinction repose en effet sur une idée de supériorité artificielle : les immeubles sont les biens précieux par excellence, ils occupent le sommet dans la hiérarchie des choses. La seconde est basée sur une idée qui au fond est voisine de la première: parmi les immeubles il y en a dont le propriétaire doit avoir, pendant sa vie et pour le temps qui suivra, la plus libre disposition; il en est d'autres qui lui viennent de ses pères et qui après sa mort devront être conservés dans la famille. Du moment que l'on n'avait plus considéré la nature même des biens, et que l'on s'attachait à une idée conventionnelle, rien n'empêchait que l'on attribuât la même valeur artificielle à tout autre bien, fût-il un meuble, qui pût offrir le même intérêt à la protection du législateur et le même droit à sa prise en considération. Parmi les biens meubles par leur nature, il en est qui seront en tous points élevés à la dignité d'immeubles; il en est d'autres qui ne paraîtront pas mériter à tous egards cette qualification précieuse; aussi tant que vivra celui qui les possède, ils resteront dans le rang, confondus avec tous les biens de leur espèce dans la partie variable et flottante du patrimoine; mais à la mort du possesseur, si leur individualité est suffisamment dégagée, si,

1. Summer Maine, *loc. cit.* Ch. 8, p. 267.

2. Léon Michel. *De l'aliénation des meubles*, p. 145.

Digitized by Google

comme un fonds de terre, ils sont susceptibles d'avoir une assiette solide et une importance durable, la loi pourra, dans l'intérêt de la famille, leur appliquer les règles de la succession aux propres, et l'on dira d'eux qu'ils sont immeubles dans la succession. Inversement il est certains immeubles qui, pour une raison ou pour une autre, ne paraîtront plus mériter la même vigilance ou présenter le même intérêt familial, ou que la loi réservera pour certaines compensations en faveur d'héritiers moins favorisés, ils suivront les règles de la succession aux meubles. Peu importe en effet la nature intrinsèque des biens, il suffit qu'ils répondent à l'idée ou au but envisagés par le législateur. Outre ces transpositions fictives effectuées par la loi elle-même, il pourra parfois dépendre de la volonté des simples particuliers d'attribuer à tels ou tels de leurs meubles la qualité et les avantages des biens immobiliers ; ceux à qui ces stipulations seront permises pourront aussi, sans accepter en bloc tous les effets de l'immobilisation, attribuer à leur déclaration une vertu plus ou moins grande. Cette attribution conventionnelle de la qualité d'immeuble aux biens mobiliers aura pour but presque unique de les protéger contre certains pouvoirs de disposition et par suite de les conserver soit à celui qui les a élevés à cette qualité de propres fictifs, soit à ses descendants et à sa famille. Nous traiterons de ces stipulations diverses permises aux particuliers après avoir énuméré les différents meubles que la loi elle-même avait immobilisés.

40. — Ce qu'il est important de remarquer ici pour l'objet spécial de notre étude, c'est que les premiers biens de nature mobilière qui furent appelés à bénéficier de cette faveur légale, étaient de ceux que nous rangerions aujourd'hui parmi nos valeurs mobilières, ou plus exactement parmi les meubles incorporels. On pourrait être surpris toutefois au premier abord de voir cette dénomination de meubles appliquée à de simples droits incorporels. Si en effet un meuble par sa nature est ce qui est mouvant, ce que l'on peut déplacer, il est certain que cette qualification ne peut appartenir qu'à une chose qui tombe sous le domaine des sens. Une simple relation immatérielle existant entre deux personnes dont l'une se trouve obligée envers l'autre, est une pure conception de l'esprit qui n'a rien de tangible et qui existe en dehors de toute idée de fixité ou de déplacement. Que l'obligation porte sur un objet mobilier ou immobilier, le lien juridique est le même et ne change pas de nature, il reste par lui-même en dehors de toute classification basée sur la matérialité des choses (1). Et cependant il fallait bien qu'au point de vue de la pratique, à celui des successions par exemple, ou

1. Pothier. *Communauté*. Part. Ier, ch. II, sect. I, § 2. — Laurière. *Coutume de Paris*, art. LXXXIX.

Digitized by Google

à celui de la saisie, de tels biens fussent régis soit par la règle concernant les immeubles, soit par celles applicables aux meubles. Les créances du défunt appartiendront-elles à l'héritier des meubles, iront-elles à celui des immeubles? Une troisième solution n'était pas possible ; et c'est ainsi que forcément, dans les pays de coutume au moins (1), les droits incorporels devaient être amenés à rentrer dans la classification générale des biens. Considérant alors le résultat pratique auquel le droit devait aboutir, on le rangea parmi les meubles ou les immeubles, suivant l'objet qu'il avait en vue. Par suite d'une idée familière aux législations primitives, le droit de créance apparut ainsi comme un droit exclusivement temporaire, n'ayant de valeur que par l'objet auquel il se rattache : c'est un lien par lequel on attire à soi la chose promise ; la loi pouvait donc, anticipant l'avenir, ne voir que le but véritable du créancier ; ce que celui-ci recherche et désire, c'est bien en effet la réalisation de son droit, c'est l'immeuble qui doit lui être livré, la somme qui lui est due ; le droit qu'il possède en attendant est quelque chose de fragile qu'il aspire à voir se consolider ; il n'en souhaite pas la permanence, il regarde au-delà ; et c'est ainsi que la loi le suivant dans ses vues plus lointaines ne vit dans le droit de créance qu'un immeuble futur ou un meuble à venir. Tel est le principe. Mais ne peut-il pas arriver aussi que le droit de créance soit pour le créancier dès maintenant une situation qui ait été voulue par lui et dont il ne désire pas sortir? Celle-ci n'a-t-elle pas pu être envisagée pour les avantages qu'elle pouvait procurer par elle-même en dehors de toute réalisation future? Et s'il en est ainsi le droit de créance ne doit-il pas être considéré en lui-même et indépendamment de son objet? La réponse à cette question était facile en ancien droit. Il n'y avait qu'à voir si les avantages de cette situation se rapprochaient de celle qu'offraient les immeubles eux-mêmes. Était-ce un droit produisant un revenu fixe et assuré, non susceptible, en principe au moins, d'estimation rapide? Il n'y avait plus de raison pour ne pas l'assimiler aux immeubles.

41. — Il en fut toujours ainsi, et cela sans contestation, pour ce que l'ancien droit appelait les rentes foncières. La raison de cette assimilation est parfaitement indiquée par Beaumanoir (2) : « L'eritage si sont cozes qui ne poent estre meues et qui valent par ances as seigneurs à qui ils sont, si come teres gaignables, bois, prés, vignes, etc... rentes. » Et plus loin : « On ne doit tenir à eritage nul loge qui muire, car ce qui muert faut et eritage ne pot faillir. » « Dusque au jour que la rente est due c'est heri-

1. Cf. Argou. *Introduction au droit français*, p. 99.
2. Beaumanoir. Ch. XXIII. Edit. Beugnot, t. I, p. 392.

Digitized by Google

tage » (1). Mais la rente foncière était un droit réel. elle était comme un démembrement de la propriété de l'immeuble, comme un droit retenu par l'ancien propriétaire. Aussi la dérogation faite à son sujet paraîtra-t-elle avoir une portée moins grande. Où elle apparaît dans toute son étendue, c'est lorsqu'on la voit appliquée aux rentes constituées elles-mêmes. A s'en tenir à la pure rigueur des principes, l'explication devenait ici plus difficile; elle semble même avoir jeté Pothier dans l'embarras. « Pour assigner, dit-il, des rentes constituées à la classe des biens immeubles, on dit qu'une rente constituée ne doit pas être considérée comme la créance des arrérages qui en doivent courir jusqu'au rachat, mais comme un être moral et intellectuel, distingué de ces arrérages, qui sont plutôt les fruits que produit la rente qu'ils ne sont la rente elle-même, puisque le créancier les perçoit sans entamer ni diminuer l'intégrité de la rente. Cet être moral dans lequel on fait consister la rente constituée a paru, par le revenu annuel et perpétuel qu'il produit, ressembler aux biens immeubles et devoir pour cet effet être mis dans la classe des immeubles (2). » En un mot Pothier se trouvait en présence d'un droit susceptible d'occuper dans le patrimoine une situation analogue à celle des immeubles et d'avoir pour les héritiers appartenant à la branche de celui qui l'avait constitué, un intérêt considérable, il n'y avait plus de raison pour ne pas lui appliquer les règles de la succession au propre et les dispotions privilégiées qui garantissaient la conservation de la propriété foncière. Cette assimilation était d'autant plus facile que depuis près de deux siècles la féodalité tendait à perdre de plus en plus son caractère politique, de sorte que la possession de la terre allait être envisagée plutôt sous le rapport de ses avantages économiques que sous celui des prérogatives sociales qui avaient pu s'y trouver attachées.

Enfin après les rentes constituées se plaçaient les rentes viagères. La nature de ces dernières fit l'objet de controverses assez longues et généralement on leur conserva leur caractère mobilier. Mais il semble que ceci ait été seulement la conséquence d'une fiction en soi fort contestable. Ce qui avait eu effet déterminé Pothier à reconnaître à la rente constituée le caractère immobilier, c'est qu'en dehors des arrérages annuels, il avait imaginé comme étant le propre, l'essence même de la rente, une sorte d'être moral représentant l'élément fixe et permanent; tandis que cette conception lui faisait complètement défaut pour le cas de rentes viagères; ici il n'y a plus de capital subsistant en dehors des annuités, il n'y aura jamais rien à restituer; ce n'est donc qu'un ensemble, une suite de créances annuelles qui

1. Cf. Grand coutumier, ch. XII.
2. Pothier. Intr. gén. aux Cout. n° 54.

Digitized by Google

s'éteindront avec la personne même du créancier (1). Il est vrai que d'autres y voyaient également un être moral destiné à s'éteindre au terme incertain qui lui était assigné (2). Au fond des choses, et dans la pratique, ne pouvait-on pas dire que jamais la rente viagère ne pouvait constituer un propre, puisqu'elle s'éteignait par le fait même de l'ouverture de la succession? On comprend dès lors que l'effet pratique le plus important de l'immobilisation faisant ici défaut, on n'ait pas cru devoir faire quelque effort nouveau de raisonnement pour justifier et introduire une dérogation dont l'utilité ne s'imposait plus au même degré. Toutefois pour certaines coutumes, cette fiction de l'être moral avait semblé la condition nécessaire à l'attribution du caractère immobilier, si bien qu'après l'admission de la faculté de rachat elles crurent devoir à la logique de restituer aux rentes constituées leur caractère mobilier. La fixité du droit, qui seule pouvait permettre l'analogie avec les immeubles, n'existait plus au même degré et dès lors on ne pouvait songer à conserver à la branche de celui qui avait constitué la rente un droit toujours prêt à s'éteindre.

42. — Il est une autre catégorie de droits incorporels qui dans le même ordre d'idées avait attiré l'attention des jurisconsultes anciens, ce sont les offices vénaux, tels que ceux de judicature et de finance. En soi ils forment un être immatériel (3), la charge en tant que fonction ne pouvait être une valeur susceptible de compter dans le patrimoine ; mais le droit qui était réservé au titulaire de présenter son successeur au choix de l'administration constituait un bien appréciable en argent, puisque le titulaire n'usait jamais de son droit qu'en faveur du plus offrant. Ce droit que l'on appelait alors la finance devait-il constituer un meuble ou un immeuble? Il aboutissait en réalité au paiement d'une somme d'argent ; aussi fut-il invariablement classé au début parmi les objets mobiliers ; certaines coutumes lui conservèrent toujours ce caractère. D'autres au contraire reconnurent qu'il y avait là une prérogative attachée moins à la personne qu'à la fonction et qui dépendait d'un ensemble d'éléments formant un tout fixe et durable. On pouvait dire de ce dernier qu'il avait une situation, qu'il produisait un rendement annuel, et pour renouveler une expression empruntée aux fiefs, qu'il était un immeuble en l'air. Cependant cette dernière qualité lui fut disputée avec acharnement et elle fut loin de triompher partout. Il fallut conquérir pied à pied chacun des avantages et l'immobilisation avant que cette dernière, dans les coutumes où elle fut admise, pût être reconnue dans toute

1. Pothier, *Traité du contrat de rente*, VIII. Petite édit. p. 251 et suiv.
2. Cf. arrêt du 31 juil. 1683.
3. Championnière et Rigaud. — *Des droits d'enregistrement*, t. IV, n° 3733.

Digitized by Google

la plénitude de ses conséquences (*Cout. de Paris*, art. 95 ; d'*Orléans*, art. 485) (1). On eut égard surtout à l'importance des offices, qui, suivant un arrêt célèbre (celui de juil. 1683) formaient une partie considérable de la fortune des particuliers. L'idée qui se dégage de ces évolutions diverses c'est que l'attribution aux meubles incorporels du caractère immobilier exigeait le concours de trois conditions, que le droit eût une fixité réelle, qu'il produisît des revenus annuels et qu'il fût susceptible de former un des éléments précieux du patrimoine.

43. — Nous avons vu jusqu'alors cette assimilation dont nous suivons les phases successives dériver de la loi elle-même et produire à tous égards des effets absolus; elle est arrivée du reste à comprendre les droits les plus importants parmi les meubles incorporels, ceux qui, jusqu'au XVIIIe siècle, remplissaient dans les fortunes privées le rôle que jouent aujourd'hui nos valeurs mobilières entre les mains de capitalistes sérieux qui ne cherchent en elles qu'un mode de placement avantageux et non une occasion de jeu et de loterie. La loi ne pouvait faire plus ; elle ne pouvait étendre à d'autres meubles le caractère fictif qu'elle avait attribué aux rentes et aux offices, sans courir le risque d'aller contre la nature même des biens qu'elle eût voulu protéger, d'entraver la circulation nécessaire et de nuire à leur fonction économique. Mais ce que la loi ne devait pas faire, elle allait permettre aux simples particuliers de le faire eux-mêmes par stipulations et conventions privées ; ceux-ci pourront même, lorsque l'assimilation leur sera permise, en graduer les effets et ne l'admettre que dans la mesure où elle leur paraîtra nécessaire. Enfin la loi elle-même pourra parfois suppléer à la stipulation expresse et elle déclarera, par voie interprétative de la volonté des parties, que dans certains cas des meubles même corporels devront être considérés comme immobilisés, au moins partiellement.

44. — Ces conventions exprimées ou sous-entendues prennent en ancien droit le nom de stipulations de propres. Or la qualité de propre se réfère à trois situations. Il y a les propres de communauté; ce sont les biens qui, sous ce régime matrimonial, restent la propriété distincte de chacun des époux et sont en dehors du patrimoine commun. Il y a les propres de succession ; ce sont les biens que l'on tenait d'un ascendant et qui, à défaut d'héritiers dans la ligne directe, devaient retourner à la branche d'où ils provenaient. Il y a enfin les propres sur lesquels portait la réserve et dont on ne pouvait disposer par testament que dans la mesure de moitié. Les immeubles par leur nature qui sont des propres réels ont ces trois qualités ;

1. Pothier de la communauté n° 91. Lecocq ; *Traité des différentes espèces de biens*, tom. II, art. 9. p. 69.

Digitized by Google

ces distinctions ne sont nécessaires qu'au regard des meubles dont on a fait des propres fictifs.

45. — Les plus anciennes stipulations de ce genre, exprimées ou sous-entendues, qui aient été introduites par la coutume, paraissent justement avoir eu pour but de garantir le mineur, et au cas où il mourrait, les héritiers aux propres, contre l'administration du tuteur ; et de même la femme, ou ses héritiers aux propres contre l'administration du mari. « Deniers destinés pour achat ou procédant de vente d'héritage ou de rachats de rente et remployables sont réputés immeubles mêmement en faveur des femmes contre leurs maris et des mineurs contre leurs tuteurs (1). » Ce que l'article 94 de la Coutume de Paris exprime en disant que « au cas de rente constituée, appartenant à des mineurs, les deniers du rachat ou le remploi d'iceux en autres rentes ou héritages sont censés de même nature et qualité d'immeubles qu'étaient les rentes ainsi rachetées pour retourner aux parents de côté et ligne dont les dites rentes étaient procédées. » « Le motif, dit Bourjon, est d'empêcher que les changements que le tuteur peut faire dans les biens du pupille ne changent l'ordre de sa succession aux propres (2). » Mais *à fortiori*, si les deniers, de tous les meubles celui qui a le moins d'individualité, deviennent immeubles dans les circonstances que nous venons d'analyser, c'est-à-dire donnent aux héritiers aux propres un droit de prélèvement sur la succession (3), il est certain que cela serait également vrai de tout autre meuble incorporel, tel qu'une dette active acquise au remploi d'un propre. Pothier nous en donne un exemple au sujet d'une créance de somme d'argent due à un mineur pour le prix de sa part dans un héritage qu'il a licité avec ses cohéritiers. Dans tous ces cas d'ailleurs la fiction ne s'étendra pas au-delà du but qui l'a fait introduire ; si donc le mineur se marie, elle n'empêchera pas le meubles corporels ou non qui proviennent de la vente de ses biens immobiliers, de tomber dans le patrimoine de la communauté : le propre n'avait acquis cette qualité qu'au point de vue de la succession (4).

46. — Bien plus larges au contraire et bien plus énergiques sont les conventions destinées à former des propres de communauté. Par faveur pour le mariage, la loi permet d'étendre cette stipulation aux trois degrés que nous avons indiqués. « La stipulation de propres peut ne s'étendre qu'au conjoint; elle peut aussi déclarer le meuble propre pour la femme et les siens ; enfin même pour ses parents d'estoc et ligne (5). » Ainsi la volonté soit de la

1. Loisel Max. 212.
2. Bourjon, tit. VIII, sect. XI, dist. III, cf. Duplessis : Des droits incorporels, p. 165.
3. Pothier : Communauté n° 78.
4. Bourjon, *loc. cit.*
5. Renusson. *Traité des propres*. Ch. 6, sect. 1, § 2.

Digitized by Google

femme, soit de ceux qui constituaient la dot, pouvait attribuer à certains meubles la qualité de propres, non-seulement à l'effet de les soustraire à l'immersion dans le patrimoine de la communauté, mais surtout au droit succesoral du mari, au cas où, par suite du décès de la mère, celui-ci viendrait à les retrouver dans l'hérédité d'un de ses enfants.

Les motifs fournis par Renusson méritent d'être rapportés. « Les meubles, dit-il, n'ont pas été considérés de même que les immeubles ; ils n'ont pas la même stabilité ; ils se perdent aisément et se transfèrent facilement d'une personne à l'autre ». — Voilà bien indiqué le principe du *vilis mobilium possessio*. Mais, plus avisé peut-être que notre législateur, le jurisconsulte entrevoit le cas où cette propriété si vile en elle-même formerait l'élément unique d'un patrimoine et par suite acquerrait pour son titulaire toute l'importance des immeubles les plus précieux. Ce cas, assez rare peut-être à une époque où les gens riches ou simplement aisés, et ce sont les seuls qui réglaient par écrit leurs conventions matrimoniales, plaçaient en rentes leurs capitaux libres, Renusson le juge digne toutefois de toute la sollicitude du législateur. « On a trouvé raisonnable, dit-il, de permettre aux particuliers de stipuler propres des meubles et d'ameublir des immeubles , et ces fictions, stipulations et conventions ont été autorisées pour l'intérêt commun des peuples et pour la conservation des familles ; autrement il y aurait des rencontres dans lesquelles les lois et coutumes ne seraient pas favorables pour maintenir la famille. Ainsi quand il y a des particuliers dont tout le bien ou la meilleure partie consiste en mobilier, s'ils se marient, il est de leur intérêt et de celui de leur famille que tous les meubles n'entrent pas dans la communauté. Ils ont aussi intérêt que leur stipulation ne soit pas seulement faite pour eux, mais pour leurs enfants et leurs parents de côté et ligne » (1). De pareilles stipulations avaient donc une portée bien autrement étendue que les simples clauses de réalisation permises par notre Code civil. C'est aussi le régime de la succession mobilière, tel qu'il avait été accepté par le droit ancien, qui se trouvait modifié, au gré des particuliers, en vue de conserver les meubles dans les familles ; les meubles, cette *vilis possessio*, ont été jugés d'une telle importance que les coutumes ont permis en leur faveur de bouleverser tout l'ancien système de dévolution légale. Il est certain que de pareilles dérogations visaient surtout les pratiques et offices non immobilisés et les autres droits incorporels restés meubles (2). Nous aurons à nous demander plus tard si ces meubles incorporels que la femme s'était ainsi réservés propres lui demeuraient en pleine

1. Renusson. *Loc. cit.*
2. Cf. Renusson. Propres : Ch. VI, *sec.* VII, § 6 et seq.

Digitized by Google

propriété et échappaient par suite aux pouvoirs d'administration du mari; mais quelle que soit la solution de l'ancien droit à cet égard, il est certain que dans une matière si favorable à la liberté des conventions, il eût toujours été permis à la femme, par une clause expresse du contrat de mariage, de réserver à ses créances et valeurs stipulées propres les garanties spéciales dont la loi entourait l'aliénation de ses immeubles.

47. — C'est d'ailleurs une idée qui, pour n'avoir jamais été formulée en principe fut admirablement réalisée en fait par la jurisprudence ancienne, que celle qui consiste à faire des meubles incorporels une classe à part à laquelle on ne puisse appliquer en bloc les règles édictées pour l'ensemble des biens mobiliers. Nous la trouvons en germe dans les plus anciennes décisions relatives au legs d'effets mobiliers; lorsqu'un testateur dispose des meubles qui se trouveront dans sa maison au jour du décès, les arrêts décident presque à l'unanimité que la libéralité ne saurait comprendre les cédules et obligations dont les titres se trouveraient au domicile du défunt (1). Et que sont du reste toutes ces tentatives d'immobilisations fictives sinon une réaction indéniable contre l'assimilation théorique des meubles incorporels aux objets matériels et périssables? Les rentes et les offices sont-ils autre chose que des droits de cette espèce sur lesquels la loi mit une fausse marque pour les soustraire à une législation qui leur était incompatible? Qu'importe l'étiquette si la nature économique du droit est respectée, si les besoins de la pratique reçoivent satisfaction? Elle prouve au moins ceci, c'est que si l'on put craindre alors d'ériger en principe une règle dont la généralité d'application eût pu avoir ses inconvénients, il fut toujours possible d'élargir suffisamment les cadres élastiques du vieux droit coutumier pour caser chaque bien en particulier dans la catégorie qui convenait le mieux à sa nature et à son développement. Elle marque une tendance; et cette tendance, nous en retrouverons la trace dans certaines décisions spéciales des parlements; c'est ainsi qu'à propos de la dot mobilière nous verrons que dans le ressort de Bordeaux on refusait tout particulièrement au mari le droit d'aliéner les créances dotales de la femme (2); c'est ainsi que l'on en était arrivé à traiter les universalités de meubles sur le même pied que les immeubles; or cet ensemble de la fortune mobilière est assurément autre chose que la somme de tous les objets dont il se compose, c'est un être de raison, une conception juridique, un tout incorporel auquel on donne fictivement un corps et une situation.

48. — Si donc, au point où nous sommes arrivé et nous plaçant à

1. Arrêts recueillis par Bouguier. Paris 1621-1650.
2. Lescœur. *De l'inalién. de la dot mob. Rev. crit.*, t. 41, p. 391.

Digitized by Google

l'époque où les premières valeurs mobilières vont prendre naissance. nous nous demandons quel rang pourra leur être assigné dans la législation ancienne, quel accueil elles vont trouver, il semble que les voies aient été merveilleusement préparées pour les recevoir et le système de classification suffisamment élastique pour se plier à la double nécessité qui a toujours été l'écueil de toutes les dispositions relatives aux droits de cette espèce, nécessité de circulation rapide et nécessité de protection réelle : voudra-t-on les envisager sous le rapport des facilités de négociation, on les rangera dans la catégorie des meubles ordinaires, qui se transmettent et passent à travers les patrimoines sans laisser trace ; les en regardera-t-on au contraire comme valeurs de placement, ne pourra-t-on pas alors s'autoriser d'exemples voisins pour leur accorder les garanties de la propriété immobilière elle-même ? Pour en décider ainsi il n'y avait qu'à suivre la double tendance dont nous avons étudié le développement ; le bon sens et la logique indiquent qu'il dut en être ainsi et nous espérons démontrer que les faits ne leur sont pas contraires.

49. — Lorsqu'apparurent les premières actions des sociétés en commandite des XVIe et XVIIe siècle, elles prirent leur place naturelle parmi les créances ordinaires ; ce n'était pas autre chose d'ailleurs que des créances mobilières ; elles représentaient une part sociale et donnaient droit au partage de dividendes en argent. Nous avons vu d'ailleurs que les premiers essais de commandite furent peu heureux, on ne pouvait guère songer alors à entourer de garanties exceptionnelles des droits si facilement aventurés. On dut leur appliquer sans distinction les règles et dispositions faites pour ce que l'on appelait communément alors, les obligations ou dettes actives en général. La loi ne tenta en leur faveur aucune assimilation analogue à celle dont avaient bénéficié les rentes constituées ; elle ne pouvait y songer. Comment prétendre immobiliser des droits dont la transmission devait être si rapide et si facile que l'on avait presque créé à son profit des modes de transfert nouveaux ? Comment vouloir conserver dans les familles des biens dont la destination était de se prêter à une réalisation toujours possible, qui devaient toujours être prêts à se transformer en argent, qui ne faisaient que passer dans les mains d'acquéreurs successifs, dont la faveur croissait par suite de cette circulation effrénée, et dont on pouvait dire comme de la renommée, *vires acquirit eundo* ? Le caractère de ces actions ne permettait pas qu'on leur imposât jamais la qualité d'immeubles fictifs. Mais les parties restaient évidemment libres de faire à leur sujet les diverses stipulations dont nous avons étudié les effets. Propres de communauté, propres de succession, c'étaient là des qualités dont ces droits pouvaient être revêtus au gré des parties intéressées, lors du règlement des conventions matri-

Digitized by Google

moniales. En un mot ils restent jusqu'alors soumis en tout au droit commun dont nous avons tracé les lignes générales.

50. — Quand on tenta la réalisation du système de Law, il ne pouvait plus être question de titres individualisés, d'actions nominatives. Toutes les grandes compagnies antérieures s'étaient fondues en une seule, la banque royale ; et celle-ci n'émettait que des billets au porteur. On n'avait égard qu'à la puissance de circulation ; les actions tendaient à devenir une monnaie courante et d'un autre côté l'agiotage réduisait la plupart des cessions à n'être que des opérations fictives portant un nom d'emprunt et figurant pour mémoire. Le droit était, on peut le dire, presque toujours en l'air ; il était déjà transféré à nouveau au moment même où il venait d'être acquis. Pour les spéculateurs sérieux eux-mêmes, les avantages de l'action n'étaient également envisagés que sous le rapport de la facilité de réalisation. C'est ce que nous avons vu dans le passage de Melon (1) cité plus haut, dans lequel le disciple de Law trace une comparaison si exacte de l'utilité différente des rentes et des actions. Les premières offrent une valeur solide, mais qu'on peut difficilement transformer en espèces ; les secondes sont une marchandises toujours à vendre et sur laquelle le gain est possible, mais elles offrent matière facile aux dissipateurs et aux administrateurs infidèles.

Il était impossible cependant, même au milieu de l'affolement d'une spéculation sans pudeur, qu'on ne s'aperçût pas alors des avantages que pouvaient offrir ces valeurs nouvelles en tant que modes de placement sérieux et durables. Il fut un moment où l'on put croire à un accroissement continu des bénéfices et s'attendre chaque année à des répartitions de dividendes toujours plus forts ; on entrevoyait au-delà des mers une source de richesses inépuisable et peu s'en fallut que cette vieille société, si fièrement éprise de ses terres, ne vendît le sol de ses ancêtres pour escompter les espérances du Mississipi ; il est invraisemblable, en présence de telles illusions, que certains capitalistes n'aient attaché à la possession et à la conservation de titres qui leur promettaient de si beaux bénefices pour l'avenir, un prix incontestable ; ils ont dû chercher à en assurer le maintien dans leur famille, à les soustraire aux dangers des diverses administrations légales. Du moment que l'on ajoutait foi à leur succès, rien n'empêchait que l'on ne voulût les assimiler aux rentes elles-mêmes, en un mot leur donner le caractère de l'immobilisation. La difficulté provenait de ce que les titres nominatifs n'existaient pas : il y fut porté remède par une série d'arrêts du conseil dont l'ensemble forme comme l'ébauche d'un système de législation complète relative

1. Melon. Cf. sup. n° 27.

Digitized by Google

aux valeurs mobilières. Il n'est pas jusqu'à notre loi de 1872 sur la perte des titres au porteur qui ne se retrouve en germe dans un arrêt du 16 juillet 1719 (1) réglant le cas de perte des billets de banque envoyés à la Louisiane. Mais ce qui doit nous préoccuper surtout, ce sont les arrêts du 20 février et du 16 avril 1720 qui établissent tout un système d'immobilisation relative aux actions au porteur de la banque Royale.

51. — Le Conseil du Régent voulait alors convertir les rentes qui avaient été constituées sur l'hôtel-de-ville et celles qui pesaient sur le clergé et les communautés religieuses ; il voulut forcer les rentiers à échanger leurs titres pour des actions de la Compagnies des Indes : il devenait indispensable que ces dernières pussent revêtir les mêmes caractères de solidité et être entourées des mêmes garanties que les rentes dont elles prenaient la place. A cet effet le conseil permit le dépôt des titres à la Compagnie des Indes, moyennant quoi ils se trouvaient immobilisés. Deux registres différents étaient ouverts à cet effet ; les propriétaires des actions pouvaient les faire inscrire sur l'un et elles étaient alors déclarées insaisissables ; sur l'autre devaient être portées celles que leurs propriétaires voulaient soumettre aux dots, douaires et hypothèques (2). Ainsi la conséquence qui nous avait semblé devoir résulter fatalement du mécanisme de la classification ancienne, l'ancien droit n'a pas manqué de la tirer. Les valeurs industrielles sont retirées non-seulement de la catégorie des meubles corporels, mais des créances ordinaires ; elles peuvent, au gré de leurs propriétaires, être assimilées aux anciennes rentes. Bien plus, elles peuvent être déclarées insaisissables, comme le seront nos rentes sur l'Etat ; ce qui ne veut pas dire qu'elles soient inaliénables ; loin de là. Mais leur disparition du patrimoine ne peut plus s'effectuer clandestinement et sans formalité. En pareil cas les actions étant déposées à la Banque, le registre porte trace des transmissions. Ces privilèges avaient été accordés sans doute en vue d'un but exclusivement financier ; mais il n'en résultait pas moins qu'ils pouvaient profiter à tout porteur d'action et non pas seulement aux anciens titulaires des rentes sur l'Hôtel-de-ville ou le clergé. Entre la chute de Law et la Révolution il s'écoula trop peu de temps pour que de grandes compagnies pussent se reformer et émettre des titres nominatifs. Mais il n'est pas douteux qu'en présence de titres de ce genre la jurisprudence du Parlement eût permis, au gré des titulaires, une immobilisation analogue à celle organisée par les décrets de 1720, et que la forme de ces titres eût rendue plus nécessaire, et aussi plus facile.

52. — En résumé, la chute de l'ancien Régime qui suivit de si près la

1. Brillon. *Dictionnaire des arrêts de jurisprudence universelle* (1727). V° Banque. t. 1er, p. 506.

2. Arrêt du conseil du 20 février 1720. Brillon. *loc. cit.*, p. 507.

Digitized by Google

catastrophe financière du temps de la Régence, ne permit pas aux valeurs mobilières de reprendre leur développement interrompu et empêcha la législation ancienne de se compléter entièrement à leur sujet. Mais nous pouvons prévoir quels auraient pu être les progrés du droit ancien à cet égard ; déjà apparaissait en germe le véritable système légal auquel doivent être soumis les biens de cette espèce ; à côté des mesures destinées à en faciliter la transmission, s'en plaçaient d'autres ayant pour but d'en assurer, autant qu'il était possible de le faire pour des valeurs d'un cours aussi variable, la conservation dans les familles et par suite d'empêcher toute aliénation inutile ou inopportune.

Il nous reste à voir l'application qui a été faite de ces idées générales aux pouvoirs des administrateurs légaux en ancien droit. Nous n'avons certes pas la prétention de les passer tous en revue ; nous reviendrons sur quelques-uns d'entre eux en étudiant les administrations similaires organisées par le Code civil. Mois cette étude historique serait certainement incomplète, au point de vue surtout qui nous occupe, si à côté de ces vues d'ensemble nous ne cherchions à saisir dans la pratique même des faits, quelles pouvaient être en ancien droit les garanties qu'un propriétaire, incapable de gérer lui-même son patrimoine, pouvait avoir contre son mandataire légal, pour la conservation de ses meubles incorporels en général et de ses valeurs industrielles en particulier. Nous n'étudierons qu'une seule administration, celle des biens de mineurs ; du reste elle servait de type à toutes les autres. Là aussi, nous assisterons au même travail lent de réformes et d'évolutions progressives ; et nous pourrons tirer de cette étude rétrospective des conséquences qui ne sauraient être inutiles pour l'étude du droit moderne.

53. — Il y avait en ancien droit deux institutions distinctes, quoique très souvent juxtaposées, qui avaient trait à l'administration des biens du mineur. A côté de la tutelle, qui est le système de protection de droit naturel, uniquement créé en vue des intérêts du mineur, se place une institution féodale, fondée sur des bases absolument différentes et que nous devons étudier tout d'abord, la garde noble. La tutelle existait dès qu'il y avait un mineur dont l'un des père et mère était décédé ; la garde n'existait que relativement à certains biens et qu'au profit de certaines personnes ; cette seconde institution n'excluait pas la première. Elle s'explique par son origine. Ce qui en effet, dans le droit très ancien, constitue l'essence du fief, c'est la concession toute personnelle faite à charge de service militaire ; la personne du détenteur est donc seule prise en considération ; lorsqu'il n'est plus, il y a défaut d'homme, le fief est vacant. Après que l'on eut admis la transmissibilité des fiefs par succession, il arriva souvent qu'ils échurent à un mineur incapable d'en remplir les services ; le seigneur, comme c'était de droit commun, réu-

Digitized by Google

nissait alors provisoirement le fief au domaine dont il avait été détaché, pour le conserver et en faire les fruits siens jusqu'à la majorité de son titulaire. Il en avait ainsi l'administration intérimaire, mais à titre de propriétaire ; il n'avait donc aucun compte à rendre au mineur des fruits et revenus. La garde, on le comprend, ne portait à l'origine que sur les biens nobles et les immeubles. « Elle ne tombe pas sur les meubles, nous dit Basnages, à propos de la coutume de Normandie (1). » Mais peu à peu, par suite des modifications survenues dans la nature du fief, le droit de garde se modifia. Le seigneur, au lieu de l'exercer lui-même, le concéda au père ou ascendant du mineur. Le défaut d'homme n'est plus pris en considération ; mais il reste le droit si important de toucher les revenus sans avoir de compte à rendre ; c'est un privilège concédé aux ascendants tout dans l'intérêt du gardien. Ce droit finit alors par s'étendre aux biens de roture du mineur et aux meubles : cela devenait, dit Laurière (2), un véritable pillage. Et de même que le droit du gardien sur les fruits et revenus produits par les immeubles était un droit de propriété, ce fut aussi un droit de cette nature qu'il acquit tout d'abord sur les meubles existants dans la succession du prémourant des père et mère, échue au mineur.

54. — Telle était, en somme, l'idée qui dominait alors dans les familles nobles. Quand l'un des parents prédécédait, le survivant devait avoir, comme un attribut de la puissance paternelle elle-même, le droit de gérer les biens qu'acquérait son enfant mineur. Cela rentrait en quelque sorte dans les convenances sociales que le survivant des père et mère pût conserver le même train de vie et par suite toucher le même revenu que pendant la vie à deux : dans ce but il gardait l'usufruit des biens laissés par son conjoint ; et c'est pourquoi au début la garde n'était accordée qu'aux ascendants et ne portait que sur la succession du prémourant des père et mère. Enfin comme il eut semblé que l'on portât atteinte au respect dû à la puissance paternelle en obligeant le gardien à rendre compte, on lui accordait la propriété même des meubles de son enfant mineur. Ainsi l'idée première avait changé ; la garde n'était plus une sorte de droit de retour intérimaire accordé au concessionnaire primitif ; c'était un attribut de la puissance paternelle. Mais si la base était autre, le caractère restait le même. Tout bien noble exige quelqu'un qui le représente, dont il soit l'apanage et qui puisse le défendre. Le mineur ne pouvant remplir ce rôle, il revient de droit à son père ; mais il lui revient dans son intégrité : le père est le seigneur en attendant que son fils puisse le devenir ; c'est un seigneur en pleine puissance ; aussi

1. Basnages. t. 1er, p. 328.
2. Laurière, *textes des Cout.* tit. XII, tom. 2, p. 291.

Digitized by Google

pendant qu'il exerce cette sorte de régence au petit pied, le droit qu'il a comme gardien est un droit tout dans son intérêt et ne dépendant d'aucune volonté supérieure. Tout contrôle eût été incompatible avec le prestige qui lui revenait. On ne pouvait même lui imposer aucune des difficultés de la gestion d'un patrimoine. Il a le revenu complet du bien, et il doit faire tous les actes qu'exige son droit de jouissance ; mais sa mission ne va pas au-delà. Voilà pourquoi tous les actes qui touchent à la propriété, les réclamations en justice, en un mot tout ce qui regarde la conservation du fond même du patrimoine, tout cela ne rentre plus dans les attributions du gardien. Il a le patrimoine tel qu'il se compose ; mais s'il s'agit d'en changer ou d'en discuter la composition, ces difficultés, ces embarras ne lui incombent plus, il faut nommer un tuteur. C'est ainsi qu'à côté de la garde et concurremment avec elle se place la tutelle ; cette dernière a la protection, l'administration des biens, tels que ceux provenant de successions collatérales, qui ne sont pas compris dans la garde ; et sa mission s'étend même aux biens sur lesquels porte le droit du gardien ; c'est le tuteur qui intervient lorsqu'il s'agit d'intenter en justice les actions qui s'y réfèrent, ou qu'il y a lieu d'en disposer. En un mot le tuteur est le protecteur naturel des intérêts du mineur ; le gardien est le seigneur intérimaire.

55. — Cette institution, dégagée des circonstances politiques et sociales qui avaient influé sur son développement, pouvait contenir au fond deux idées justes ; c'est d'abord qu'il peut être de bonne législation de ne pas assimiler le père appelé à la tutelle de ses enfants à un tuteur ordinaire, parent collatéral et quelquefois même étranger ; c'est ensuite qu'il est convenable de ne pas s'exposer à restreindre les revenus du père, au risque de faire à ses enfants, qui n'en ont pas un besoin immédiat, une situation de fortune peut-être supérieure. On comprend dès lors que le législateur ait pu étendre ce droit de garde même aux simples bourgeois ; c'est ainsi qu'il fut concédé comme un privilège spécial par Charles V aux bourgeois de Paris. Cette garde nouvelle différait de l'autre en quelques points de détail ; mais les pouvoirs sur les biens du mineur sont les mêmes sous les deux institutions.

56. — Cette attribution de la propriété des meubles, ces pillages dont parle Laurière, parurent à bon droit une exagération de l'idée de puissance paternelle ; et tout un groupe de coutumes, dont celle de Paris, finit par admettre que pour exercer son droit de jouissance le père ne devait pas forcément acquérir le mobilier. Dès lors elles ne lui donnèrent plus que l'administration des meubles et l'assujettirent à faire inventaire. C'est dans ce premier groupe qu'il faut nous placer pour que notre question puisse

Digitized by Google

s'élever. Nous avons alors à nous demander si ce droit d'administration du gardien lui donne celui de disposer des meubles; et après avoir ainsi posé la question d'une façon générale nous la restreindrons ensuite aux droits incorporels qui sont ceux des meubles dont nous avons spécialement à nous occuper.

57. — Un point certain est que le gardien doit conserver les meubles précieux, qu'il peut garder ceux dont l'usage lui serait nécessaire et qu'il est obligé de faire vendre en justice les meubles périssables. Si même, pour cette vente, il s'était soustrait aux formalités judiciaires, il serait tenu, dit Bourjon (1), du prix porté sur l'inventaire. « Car, ajoute-t-il, sa jouissance ne doit pas diminuer le fonds. » Ainsi par rapport aux meubles corporels, ses droits et obligations se réduisent à ceci : obligation de conserver les plus précieux ; obligation de vendre ceux qui sont périssables, et pour les autres, liberté complète de disposition ou de conservation. Reste à savoir si à ces derniers nous devrons assimiler les meubles incorporels ; peut-il à son gré les céder ou les conserver?

On sait que les rentes étant exceptées de la classe des meubles, la question n'a trait qu'aux créances ordinaires, à certains offices et plus tard aux actions des compagnies. Pour mieux la préciser, il convient d'en indiquer dès maintenant l'intérêt pratique. Si en effet nous adoptions la négative, la conséquence ne serait pas, comme on pourrait le croire, que le gardien dût, pour consolider son pouvoir, s'adresser à une autorité supérieure, justice ou conseil de famille. Il en serait ainsi pour le tuteur; cela serait inexact pour le gardien. Tout acte qui ne correspond pas aux exigences de son droit d'usufruit n'est plus de sa compétence; il ne regarde que le pupille et les protecteurs naturels de son patrimoine, c'est-à-dire le tuteur et les diverses autorités qui l'entourent. Pour tout acte excédant les pouvoirs du gardien, il faut nommer un tuteur *ad hoc*, ceci ne fait aucun doute. Ce tuteur à coup sûr pouvait être le gardien lui-même ; mais on sait qu'il n'en était pas toujours ainsi. De sorte que la question pourrait être posée en ces termes : fallait-il s'adresser à un tuteur pour la cession des droits incorporels mobiliers soumis au droit de garde?

58. — La formule employée par les coutumes est très large : le gardien a l'administration des meubles du mineur. Dès son apparition dans le domaine du droit, ce mot soulève déjà un monde de difficultés ; il suffit à lui seul pour diviser les auteurs sur sa compréhensibilité et l'étendue qu'il comporte. Les jurisconsultes de l'ancien droit vont en discuter les limites, et depuis nul n'a encore trouvé la frontière exacte où viendraient échouer les

1. Bourjon, D. com. de la Fr. t. 1er tit. XIX, sect. IV, art. 25.

Digitized by Google

incertitudes et les interprétations arbitraires. Ne serait-ce pas peut-être que cette ligne de démarcation ne saurait être fixe, qu'elle recule ou qu'elle avance d'après la confiance que doit inspirer l'administrateur, et suivant aussi l'appréciation toujours variable des actes dont elle doit marquer la portée? C'est ce que nous aurons à déterminer dans le cours de cette étude. Quoi qu'il en soit l'interprétation de cette formule avait donné lieu à deux théories fort distinctes. La première était celle de Duplessis ; la seconde celle de Bourjon et Pothier.

59. — Duplessis (1) est de tous les auteurs celui qui est le plus porté à restreindre les pouvoirs du gardien. Il fait allusion lui-même au sens vague et peu précis du mot administration et il en tire argument pour son interprétation restrictive. Dès lors il ne fait rentrer dans le mot meubles, ni les propres fictifs, ni les offices, même ceux non déclarés immeubles. « La garde, dit-il, ne porte pas sur les offices ni sur les deniers stipulés propres ; et le gardien pourra être tenu de rendre compte au mineur des intérêts et fruits qu'il en aura retirés. » Quant aux créances il les distingue bien nettement des meubles ordinaires. Il est d'abord un point que tous admettent, c'est qu'elles ne sont pas comprises dans la vente obligatoire des meubles périssables au debut du droit de garde (2). Pour ce qui est des meubles ainsi conservés, le gardien peut les vendre et en recevoir le prix, sans qu'il soit besoin de recourir au tuteur, s'il s'agit de meubles corporels (3). S'il s'agit de créances, le gardien a aussi qualité pour en toucher seul le remboursement et en bailler quittance ; car l'article 270 de la coutume n'exige un tuteur que pour intenter les actions en justice. Puis, comme s'il se repentait de cette concession faite au texte de la coutume, Duplessis impose au gardien une obligation rigoureuse, en complet désaccord avec les principes admis en matière d'usufruit : Il doit faire emploi des deniers des meubles vendus et de ceux provenant du paiement des dettes, sinon il devrait en capitaliser les intérêts pour être rendus au mineur (4). La dernière conséquence est enfin que le gardien ne peut recevoir le rachat des rentes du mineur, n'ayant point l'administration du fonds : il faudra à cet effet nommer un tuteur.

60. — Le système de Duplessis se dégage ainsi bien nettement ; il est impossible de montrer plus clairement que le gardien n'a pas qualité pour disposer des meubles incorporels du mineur. S'il s'agit d'offices ou de meubles stipulés propres, ils ne rentrent même pas dans son droit d'administration ; s'il s'agit de créances ordinaires, Duplessis n'entrevoit que deux

1. Duplessis. *Trait. de la Gard. Œuv.*, t. 1er, p. 265 *in fin.*
2. Laurière. Sur l'art. CCLXVII. *Cout. de Paris*, t. 2, p. 299.
3. Duplessis. *Loc. cit.*, p. 266.
4. Dº *loc. cit.* p. 266.

Digitized by Google

questions qui puissent lui paraître douteuses : est-ce à lui d'en poursuivre le remboursement en justice? Peut-il, indépendamment de toute action judiciaire, accepter ce remboursement et en donner quittance? Sur la première il conclut négativement en se basant sur la généralité de l'article 270 de la Coutume; sur la seconde il reconnaît le droit du gardien, qui est celui d'ailleurs de tout usufruitier. Toucher le paiement des simples créances, c'est en cela que consiste le droit de jouissance. Il n'en serait plus de même s'il s'agissait de recevoir le rachat des rentes, bien que celui-ci s'impose au créancier ; celles-ci étaient en effet destinées à produire des arrérages annuels et l'usufruitier n'était régulièrement pas appelé à en toucher les deniers ; lorsque cette éventualité se présente, il y a transformation du droit lui-même, et le tuteur seul peut l'accomplir. Toucher au fond du droit, compromettre l'existence d'un droit même incorporel mobilier, c'est ce que les pouvoirs restreints confiés au gardien ne sauraient permettre. Dès lors comment pourrait-il être question de lui laisser l'entière disposition des créances, le droit de les céder et de les faire ainsi disparaître du patrimoine, en dehors du fait normal de l'échéance? C'est ainsi que la théorie de Duplessis se ramène à ces trois divisions : pour recevoir un capital mobilier, le gardien est libre; pour intenter l'action, il y a déjà doute; pour ce qui est d'aliéner la créance, il ne le peut absolument pas. Nous retrouvons là en germe, et peut-être plus nettement formulée, la distinction moderne que nous étudierons à propos de la tutelle, telle qu'elle est réglée par le Code civil.

61. — Le système de Duplessis souleva sur certains points l'indignation de Bourjon (1), et provoqua de fines et judicieuses critiques de la part de Pothier (2). Mais il est important de remarquer que les réfutations de ces deux jurisconsultes ne portèrent pas sur le système tout entier, considéré dans son ensemble, qu'elles laissèrent même absolument en dehors ce qui regarde l'aliénation des droits incorporels mobiliers et ne s'adressèrent qu'aux deux décisions suivantes : 1° Duplessis exceptait de l'administration du gardien les offices et les propres fictifs : de quel droit, disait Bourjon, peut-on, à l'encontre des principes du droit commun, imposer au gardien, qui est en somme un usufruitier, l'obligation de faire emploi des deniers remboursés sous peine d'avoir à rendre compte au mineur des intérêts du capital? Si cependant, disait Pothier, ces deniers eussent été employés en immeubles, les revenus seraient pour le gardien. Et l'on voudrait qu'il en dût les intérêts pour ne les avoir pas employés en biens qui eussent produit des fruits uniquement pour lui! 2° En second lieu, Bourjon accordait

1. Bourjon. *loc. cit.* art. XXIV et XXVII.
2. Pothier. Trait. de la Garde. n° 64. Edit. Bugnet t. 6 p. 514.

Digitized by Google

au gardien l'exercice des actions mobilières. S'il a droit de recevoir le paiement et de jouir des capitaux provenant du remboursement, comment pourrait-on lui refuser le droit de poursuivre les débiteurs, et par suite le seul moyen pratique d'exercer complètement son usufruit? Mais là s'arrêtent les critiques de Bourjon. Il ne va pas plus loin : recevoir les capitaux, en poursuivre le remboursement et jouir à sa guise des deniers qui en proviennent, ce sont des droits qui appartiennent au gardien, parce que ce sont ceux de tout usufruitier. S'il s'agit au contraire de disposer de la créance, de toucher au fond du droit, Bourjon et Duplessis sont d'accord sur ce point; cela ne rentre plus dans les pouvoirs d'administration. Bourjon est peut-être plus explicite encore (1) : « Il jouit du montant des dettes actives, son usufruit tombant sur tout indistinctement; mais il en jouit comme des meubles, sauf restitution de leur montant à la fin de la garde, qui ne peut jamais donner atteinte à la propriété. » Il est impossible d'être plus formel; et notre preuve serait faite si cette assertion même de Bourjon n'avait été mise en doute.

62. — Malgré cet accord à peu près unanime des jurisconsultes anciens sur le point qui nous occupe, quelques auteurs modernes n'ont pu croire que l'ancien droit ait retiré au gardien l'aliénation des meubles incorporels. Jadis, dit M. Léon Michel (2), le gardien avait la propriété des meubles; plus tard quelques coutumes lui en ont donné l'administration, mais avec les pouvoirs les plus larges. D'ailleurs les textes ne restreignent ses pouvoirs qu'à propos des immeubles; l'argument *a contrario* est permis quand on songe qu'à l'origine il était propriétaire; tout ce qu'on ne lui défend pas expressément, il doit pouvoir le faire en vertu de ses anciens pouvoirs. Il pouvait vendre, donc il doit le pouvoir encore. La seule différence est que désormais il doit compte pour le fonds des meubles portés à l'inventaire. Il nous semble que ce système d'argumentation ne tient pas suffisamment compte du changement que certaines coutumes ont voulu apporter aux pouvoirs du gardien sur les meubles et de l'esprit de réaction provoqué par les abus antérieurs. Et d'un autre côté pour tirer un argument *a contrario* du texte des coutumes, il faudrait qu'en principe le droit du gardien eût été de même nature sur les deux catégories de biens que l'on prétend opposer l'une à l'autre. Or la prohibition d'aliéner les immeubles date d'une époque où le gardien avait la propriété des objets mobiliers; les coutumes en restreignant les pouvoirs d'administration quant aux uns, n'ont pu songer aux autres sur lesquels ces pouvoirs n'existaient pas. Tous les meubles étaient confondus dans le patrimoine du gardien, les coutumes n'avaient donc plus à statuer que sur les

1. Bourjon. *Loc. cit.*, art. XXVII.
2. Léon Michel. Alién. des meubles (1876), p. 182, n° 18.

Digitized by Google

seuls biens demeurés propres au mineur, les immeubles,et elles ne pouvaient sur les autres prétendre, par voie de réticence, accorder au gardien des droits de disposition qui lui appartenaient déjà en tant que propriétaire. Tel était le droit primitif. Puis vinrent les abus ; l'importance de la fortune mobilière augmentant, on ne put souffrir qu'elle restât à la discrétion du gardien : Dès lors on lui enlève la propriété des meubles pour ne lui en laisser que l'administration. Qu'est-ce à dire? Sinon qu'on voulut désormais garantir au mineur la conservation de son patrimoine mobilier avec la même énergie que ses biens immeubles? On voulait enfin assimiler, autant que la nature des choses pouvait s'y prêter, les pouvoirs du gardien sur les meubles à ceux qu'il avait sur les immeubles; il n'a jamais eu que l'administration des uns, il n'aura plus que l'administration des autres ; en tant qu'administrateur des immeubles, il ne pouvait en disposer ; comme administrateur des meubles, il ne pourra disposer de ceux que leur propre individualité conservera propres au mineur en les faisant échapper aux règles du quasi-usufruit : de ce nombre sont tous les droits incorporels. On opérait une réforme, on la voulait complète ; comment comprendre qu'elle n'eût abouti, sauf l'obligation de restituer une valeur à la majorité de l'enfant, qu'à laisser au gardien sur les meubles les mêmes droits que ceux qui lui appartenaient déjà et contre lesquels on voulait réagir? Ainsi donc au lieu de dire : ce nouveau droit d'administration sur les meubles laissait au gardien tous ses pouvoirs antérieurs, sauf ceux que la coutume lui retirait expressément, il est logique, il est juridique de dire qu'il lui retirait au contraire tous ses anciens pouvoirs, sauf ceux qui devaient lui appartenir en vertu de son droit d'usufruit. Or, ce droit d'usufruit n'a jamais donné le pouvoir d'aliéner les créances : Bourjon, Duplessis et avec eux la plupart de jurisconsultes anciens avaient donc raison de déclarer que le gardien n'étant qu'usufruitier et qu'administrateur, ne pouvait disposer des droits incorporels mobiliers. Car sa jouissance, disait Bourjon (1), ne doit jamais pouvoir porter atteinte au fond du droit.

63. — En étudiant les pouvoirs du gardien, nous n'avons fait qu'ajourner l'examen des mesures de protection relatives aux meubles incorporels du mineur ; puisque la seule conclusion de la théorie que nous avons exposée est que le gardien n'ayant pas qualité pour la vente de ces biens, il faudra nommer un tuteur à cet effet. Si donc ce dernier peut aliéner sans formalité aucune, à quoi, pouvons-nous dire, aura abouti la prétendue protection que nous avons cru reconnaître en faveur du mineur au cas de garde noble ou bourgeoise? Uniquement à des lenteurs et des frais inutiles ; on aura changé

1. Bourjon, *loc. cit.* art. XXV et XXVII.

Digitized by Google

d'intermédiaire, voilà tout; et encore celui-ci n'offrira-t-il pas toujours toutes les garanties d'affection que le gardien pouvait présenter. On le voit, c'est à propos du tuteur que se pose vraiment la question capitale de la matière. Il est important de rappeler au début quelques principes généraux. Celui qui domine toute la matière est qu'ici nous sommes bien en présence du véritable représentant du pupille, administrateur de ses biens et administrateur responsable. Mais ses pouvoirs sont pondérés et limités, ils ne s'exercent que sous la surveillance de la famille et de la justice : il est le délégué des parents; aussi le droit commun en matière d'actes de gestion exige-t-il la double intervention de l'assemblée de famille qui ordonne et du tuteur qui exécute. Nous n'aurons pas cette preuve à faire au sujet de l'aliénation des meubles incorporels en ancien droit, car sur cette question les sources et les auteurs nous dispensent de nous en tenir à de simples déductions; mais elle reviendra en droit moderne quand on prétendra modeler les pouvoirs actuels du tuteur sur ceux qui lui appartenaient en ancien droit. Nous verrons alors qu'à cette règle une double dérogation a été apportée, l'une générale qui laisse pleine liberté au tuteur pour une catégorie d'actes assez vaguement déterminée, l'autre spéciale et procédant par énumération strictement limitative.

La première correspond à la notion déjà entrevue de l'administration pour autrui. Administration du gardien, administration du tuteur, sont-ce deux termes synonymes? Évidemment non, si l'on compare leurs buts respectifs; l'une est admise dans l'intérêt de l'administrateur, l'autre dans celui du pupille propriétaire. Est-ce à dire que la première, envisagée avec défiance, dût être conçue dans un esprit de rigueur et de restriction, que la seconde au contraire, destinée à substituer au propriétaire incapable un mandataire investi de la plus large liberté d'action, dût comprendre les pouvoirs et les droits les plus étendus? La première partie de cette assertion se trouverait démentie par l'origine même de la garde et l'énergie avec laquelle nous l'avons vu s'appesantir sur le patrimoine du mineur; la seconde se heurterait également à la jurisprudence et à la pratique anciennes; ce que l'on peut dire, c'est que celle-ci pourra être parfois plus étendue que la première puisqu'elle comporte, dans le cercle des actes d'administration, tous ceux qui sont nécessaires à l'intérêt du pupille, tandis que la seconde n'embrassait dans la même mesure que ceux exigés par les droits de l'usufruitier administrateur; mais toutes deux trouvent une même limite, sinon nettement précisée dans les faits, du moins certaine en théorie, dans la notion de l'acte de propriété, de l'acte d'aliénation. C'est pour les actes les plus importants de cette catégorie nouvelle qu'a été apportée la seconde dérogation aux pouvoirs de l'assemblée de parents; en outre de l'autorisation donnée

Digitized by Google

par la famille, la Coutume vient exiger la confirmation et la sanction de la justice. Ces dernières formalités sont, nous l'avons dit, d'application étroite et rigoureuse, elles ont été principalement introduites en vue de l'aliénation des immeubles. Nous ne prétendons pas vouloir les étendre sans un texte précis à l'aliénation des meubles incorporels ; mais nous devons nous demander si un acte de cette nature était envisagé alors comme étant compris dans les pouvoirs d'administration du tuteur, ou s'il exigeait pour son accomplissement un avis de parents.

64. — Comme nous l'avons fait à propos du gardien, nous devons avant toute discussion, déterminer l'intérêt pratique de la question. Or à côté des formalités que nous venons d'indiquer, il existait en ancien droit, en faveur du pupille, une garantie générale planant comme une menace sur tous les actes du tuteur, c'était la restitution pour lésion. Le mineur pouvait toujours faire rescinder l'acte qui lui était préjudiciable à condition de prouver ce préjudice. Notre question revient donc à ceci : L'aliénation des meubles incorporels faite sans avis de parents est elle nulle par cela seul, de telle sorte que le mineur puisse en demander la nullité sans avoir aucune preuve à faire? Sera-t-il au contraire obligé de prouver la lésion pour se faire restituer contre une aliénation de cette nature? L'intérêt de la question est considérable. Supposons par exemple qu'il s'agisse d'un transport-cession, consenti par le tuteur à un prix inférieur à la valeur nominale de la créance; il jugeait le débiteur insolvable. Le mineur parvient à sa majorité, l'exigibilité est encore éloignée et il prétend alors que la solvabilité du débiteur se trouve hors de soupçon. Par suite il conteste le prix de cession, se prétend lésé et demande à être restitué. Devra-t-il, pour réussir, discuter les chances qu'il a d'être payé? Il juge la créance bonne, le tuteur l'a jugée mauvaise, lequel doit avoir raison? Or rien de plus difficile, de plus arbitraire, que cette appréciation d'une solvabilité future; partant rien de moins sûr que la preuve de la lésion en pareil cas; le succès de l'action en restitution est fort compromis. Si l'acte au contraire eût exigé des formalités précises, le mineur n'aurait eu qu'une preuve à faire, démontrer qu'elles n'ont pas été remplies; la preuve faite, l'acte tombe immédiatement; le cessionnaire est évincé et le mineur redevient créancier. Tel est l'intérêt exact de notre question; il est évidemment plus restreint que celui qu'elle présente en droit moderne; le mineur avait alors une ressource extrême, la restitution pour lésion; aujourd'hui si l'acte est valable, il ne reste au pupille que la responsabilité souvent très précaire de son tuteur (1). Ainsi la seule question en ancien droit n'était pas de savoir si le pupille aurait une action pour

1. Demolombe: Minorité, tom. 1, nº 820 et seq.

Digitized by Google

faire tomber l'acte, mais quelle sorte d'action lui serait réservée, l'action en rescisson avec ses particularités spéciales et ses difficultés, ou l'action en nullité ?

65. — Il est certain qu'à une époque très reculée où le peu d'importance des fortunes n'attirait pas l'attention minutieuse sur le détail et l'analyse des differents actes de gestion relatifs au patrimoine, le tuteur eut sur tous les meubles du pupille les pouvoirs de disposition les plus étendus. Plus tard quand la fortune mobilière prit quelque développement on fut amené à distinguer parmi les différents droits dont elle se compose et parmi les actes divers qui s'y rapportent. La première tentative de réforme opérée dans ce cas regarde les offices. On a vu après quelles difficultés les offices, ou plutôt certains d'entre eux, et non dans toutes les coutumes, avaient conquis la qualité d'immeubles ; or, même après ce premier triomphe, on refusait de leur accorder tous les bénéfices de leur qualité nouvelle ; et entre autres on ne les assujettissait pas aux formalités exigées pour la vente du fonds pupillaire (1). On avait surtout envisagé, j'imagine, l'inconvénient tout particulier en cette matière des restitutions, des annulations à long intervalle. Destituer un titulaire, peut-être longtemps après son entrée en fonctions, ce peut être apporter un grand trouble aux affaires. La nomination est acceptée pour la plupart par le pouvoir supérieur ; l'État est censé garantir la charge au titulaire, et il a dû par suite, prendre en considération les intérêts du mineur. Enfin ces ventes sont le plus souvent forcées. Ce qui arrive presque toujours quand celui qui les occupait ne laisse qu'un fils très jeune ou ne laisse que des filles. Toutes ces considérations pouvaient faire hésiter quelque peu la jurisprudence. Mais peu à peu la logique finit par reprendre ses droits. Déjà Ferrières (2) nous dit qu'un arrêt avait été rendu dans le sens de l'assimilation complète des offices à l'immeuble pupillaire (3). Il est vrai qu'il s'en étonne comme d'une nouveauté et d'une exception. Et il cite d'autres arrêts fort nombreux qui lui sont contraires. Or, dans cette énumération, sans qu'il y prenne garde, se trouve déjà la trace d'un premier pas fait dans la voie où, d'un seul bond et plus franchement, s'était engagé l'arrêt incriminé. En effet, nous voyons deux décisions où la vente d'un office fut déclarée valable sans homologation du juge, mais où l'on a grand soin de relater qu'elle avait eu lieu sur l'avis des parents (4). La première formalité est donc ainsi passée en pratique ; et

1. Lapeyrière : Décisions sommaires du Palais V° *Office* n° 25. Loyseau : *Des Offices* Liv. 3. Ch. 10 n° 56.

2. Ferrière : *Des tutelles*, Part. IV, Sect. VIII.

3. Dupérier : *tom.* 2, p. 458, édit. de 1721.

4. Arrêt de Paris : *Bardet*, tome I, liv. 2, ch. 72; de Toulouse : *Albert* p. 109 et 110, édit. de 1686.

Digitized by Google

Ferrières, en somme, ne discute plus que sur la nécessité de la seconde, l'homologation de justice. Or, Denizard est formel sur ce point : le dernier pas avait été franchi (1) ; l'obligation de recourir aux formalités judiciaires n'est plus discutée quand il a'agit d'immeubles fictifs. Denizard cite un arrêt du 6 septembre 1762 ; mais il ajoute : « Il serait cependant dangereux d'exiger rigoureusement qu'un tuteur suivît ces régles quand il s'agit d'un office de procureur, notaire, ou toute autre charge dans laquelle il y a une pratique attachée. La pratique dépérirait pendant le cours de la procédure ; et en différer et retarder la vente, serait faire tort au mineur. L'usage est donc, à Paris, d'autoriser les tuteurs par *un avis de parents homologué* à vendre *volontairement* ces sortes d'offices (2). » Ainsi donc l'exception porte sur les formalités de publicité et procédure exigées pour les ventes immobilières en général ; elles deviendraient gênantes pour une cession de cette espèce ; il faut que l'on puisse traiter à l'amiable. Mais quant aux autorisations nécessaires elles sont indiscutées, avis de parents et homologation. La même doctrine est reproduite par Cauvet (3) dans ses observations sur l'arrêt de réglement du parlement de Rouen du 7 mai 1673, relatif aux tutelles. Elle est, désormais accepté par tous les auteurs (4).

66. — Des offices si nous passons aux autres meubles incorporels, nous allons voir la même révolution progressive se reproduire. Ceux-ci d'abord mêlés et confondus dans le patrimoine mobilier du pupille, complètement laissés à la discrétion du tuteur, vont peu à peu se dégager de cette masse uniforme et recevoir les garanties et protection dues à leur importance toujours croissante. Le texte législatif fondamental, traitant des meubles pupillaires en général, est l'article 102 de la coutume d'Orléans ; quelque chose à peu près comme notre article 452 du Code civil. L'un et l'autre ont été chacun, dans le groupe législatif auquel il appartenait, la seule base de décision de laquelle il a fallu tirer toutes les applications spéciales. Mais tandis que le premier, explicite dans sa rédaction, clair dans son esprit, élastique dans sa facilité d'extension, a permis aux jurisconsultes anciens de faire face à tous les besoins nouveaux ; l'autre, comme nous le verrons, confus dans sa généralité, embarrassant dans son apparence absolue, et cependant rigoureusement limité à une hypothèse spéciale, a tenu pendant longtemps la doctrine enserrée dans son texte, et la jurisprudence n'a pu y échapper que pour tomber dans l'arbitraire et faire courir à la fortune mobilière du pupille les plus

1. Denizard : V° *Mineurs* n° 55 et suiv. V° *Offices* n° 43.
2. Denizard. V° *Mineurs*, n° 56.
3. Cauvet, sur l'art. LIII, p. 246 et 247.
4. Cf. Poullin du Parc L. 1, Ch. XIII, sect. VI.

Digitized by Google

grands dangers. Ce sont donc en quelque sorte deux marches en sens opposé, quoique parties du même point.

Le texte de l'article 102 est ainsi conçu : « Tuteurs et curateurs des mineurs seront tenus sitôt qu'ils auront fait l'inventaire des biens appartenant à leurs pupilles de faire vendre d'autorité de justice les meubles *périssables* et employer en rentes ou héritages les deniers qui en proviendront avec ceux qu'ils auraient trouvés comptants, à peine de payer en leur propre nom le profit des dits deniers. » Cet article minutieusement interprêté et analysé dans les arrêtés de M. de Lamoignon a suffi pour faire face à toutes les difficultés relatives à la fortune mobilière du mineur. Il traite de deux questions : La vente des meubles et l'emploi des deniers en provenant. Comme il laisse en dehors, ainsi que son texte l'indique, ce qui est relatif aux meubles incorporels, nous devrons ajouter un troisième paragraphe à cette division naturelle, lequel aura trait aux pouvoirs du tuteur relativement aux meubles incorporels en général et aux valeurs mobilières en particulier.

67. — *Vente des meubles corporels.* — Parmi les meubles corporels, les uns servent à l'usage de la personne, à la décoration intérieure de son habitation, à ses besoins journaliers. Ils sont improductifs et dépérissent avec le temps. Leur conservation suppose le plus souvent un train de maison et parfois de nombreux besoins à satisfaire. Parmi ces meubles il en est cependant, que leur prix soit conventionnel, soit réel, classe dans une catégorie spéciale et qui conservent une valeur à peu près fixe. D'autres enfin servent à l'industrie, à l'exploitation d'un commerce ou à l'agriculture. Les premiers représentent pendant la minorité du pupille un capital stérilisé, ou plutôt une valeur qui décroît. La jeunesse du mineur l'empêchera le plus souvent d'en retirer l'utilité et les avantages qu'ils sont destinés à procurer, et à sa majorité ces meubles auront perdu leur prix, peut-être même exigeront qu'il les renouvelle ; il est donc de bonne administration de les vendre au début de toute tutelle afin de transformer cette valeur inutile en deniers susceptibles d'être placés ou employés en acquisitions d'immeubles et de fructifier ainsi sous cette forme ou sous une autre. C'est à cette première catégorie seule que l'article 102 fait allusion ; il en impose la vente au tuteur ; elle sera faite aux enchères afin d'écarter toute collusion déloyale entre le tuteur et un acquéreur traitant à l'amiable, afin surtout d'assurer le plus haut prix possible. Elle sera faite enfin sous la surveillance de la justice (1). Si parmi ces meubles, il en est que le tuteur juge à propos de conserver, il ne pourra le faire que sur l'avis de quatre parents (2). Cette

1. Ferrière, *Trait. des tut.* part. IV, sect. II. § 123 et suiv.
2. Meslé, Minorités part. I, ch. VIII § 8 et suiv.

Digitized by Google

obligation de vendre est regardée à ce point nécessaire que dans le cas même où le père l'aurait défendue par testament, le tuteur pourrait encore y procéder sur ordonnance du juge et avis de parents (1). Si le tuteur s'est soustrait à cette vente obligatoire ou s'il l'a accomplie sans les formalités imposées, il devra au mineur, à la cessation de la tutelle, le prix porté à l'inventaire, augmenté de ce que nos anciens auteurs appellent la crue ou parisis, c'est-à-dire d'un quart du prix porté à l'inventaire. Un édit de 1656 ayant voulu rendre les experts estimateurs garants de leur prisée, ceux-ci prirent le parti d'abaisser le prix d'estimation au-dessous de la valeur réelle ; et c'est afin de combler cette différence que l'on faisait subir cette augmentation aux évaluations de meubles portés à l'inventaire (2). Cette crue n'avait pas lieu pour les meubles ayant une valeur à peu près fixe et certaine pour tous. Et entre autres les créances résultant de billets et obligations n'y étaient pas sujettes (arrêt du 10 mars 1704. Coutume de Troyes) ; et Boucher d'Argis (3) nous fait observer que les actions de la Compagnie des Indes, quoique réputées meubles, en sont exemptes également; parce qu'elles ont jour par jour une valeur certaine suivant le cours des placements. Si donc le tuteur avait procédé à la vente de titres de cette nature sans les formalités dont nous espérons prouver la nécessité, il suffisait de rapporter un certificat constatant le cours de ces effets au jour de l'inventaire.

68. — Mais cette obligation de vente ne s'étendait pas aux deux autres catégories de meubles corporels que nous avons indiquées. Les uns appelés meubles précieux ont une valeur réelle et impérissable ; ils sont donc exceptés par les termes mêmes de l'article 102. Les autres sont des accessoires de l'immeuble et doivent être conservés pour l'exploitation. Dès lors que l'on s'attache à une idée de supériorité hiérarchique dans le classement des meubles eux-mêmes, l'ancien droit, fidèle à l'idée dominante que nous avons reconnue comme étant la seule base pratique de la classification des biens, appliquera ici encore son système de classement artificiel et arbitraire. Si pour une raison sociale, une raison de famille ou d'intérêt pécuniaire, le bien quel qu'il soit rentre dans la catégorie de ceux qui représentent une richesse patrimoniale, que l'on aime à se transmettre de génération en génération, dont la possession, en dehors de toute valeur en argent, concourt à donner un certain lustre à celui qui la détient, un bien de cette nature prendra sans plus de difficulté le nom et le rang de la classe privilégiée par excellence ; c'est un bien précieux,

1. Ferrière. Tutelles, part. IV, sect. II § 123 et suiv.
2. Merlin, v° crue VII, V.
3. Boucher d'Argis. *Traité de la crue*, chap. V, XIII.

Digitized by Google

donc c'est un immeuble. C'est ainsi qu'il arriva pour les meubles précieux du pupille; en vertu d'ailleurs d'une tradition ancienne transmise par le droit Romain de la dernière époque (1) et qui ne pouvait être que la bienvenue dans le droit de nos coutumes, ces meubles furent assimilés aux immeubles. Non-seulement la vente n'en fut pas obligatoire, mais il fallut pour y procéder les mêmes causes urgentes et les mêmes formalités d'autorisation et de procédure que pour les ventes d'immeubles (2). Enfin il ne fit jamais doute pour aucun jurisconsulte que le texte de l'ordonnance ne laissât complètement en dehors de ses prescriptions les meubles incorporels, créances ou actions mobilières. Ces titres ne périssent pas avec le temps; plus au contraire ils approchent de leur réalisation, plus ils gagnent de valeur, abstraction faite de la question de solvabilité du débiteur. D'ailleurs de pareilles cessions se font généralement mal; elles laissent soupçonner quelques craintes pour l'échéance et par suite l'acheteur tenant compte de ces mauvaises chances n'accepte le marché qu'à bas prix. Il faut donc être sûr de la situation réelle de son débiteur pour se risquer à ce sacrifice net; en tout cas c'est une opération qui ne peut être conclue que suivant les circonstances et ne s'impose jamais. Nul doute que l'ordonnance l'ait exemptée de ses prescriptions (3).

69. — *Emploi des deniers.* — Le but de la vente des meubles périssables était de transformer en valeur active un capital improductif; de là l'obligation pour le tuteur de placer les deniers qu'il avait retirés de la vente; il en était de même pour ceux qu'il trouvait dans la succession recueillie par le mineur ou qui lui venaient de toute autre source. Trouver un placement solide et avantageux, tel est l'idéal de tout capitaliste, l'ordonnance, afin de le réaliser, impose au tuteur de faire emploi des deniers en rentes ou héritages; l'immeuble foncier est le placement par excellence; mais la rente a pour elle l'avantage de procurer un revenu fixe et d'épargner tout soin, souvent fort embarrassant, de culture ou d'admnistration. Il ne pouvait être question du prêt à intérêt, puisqu'il était défendu. Cependant on comprit bientôt l'inconvénient de cette unique alternative; les achats de terres ne sont pas toujours possibles; ils supposent le plus souvent que l'on peut disposer d'un assez fort capital. La constitution de rente s'adresse, il est vrai, aux plus modestes épargnes, mais elle consomme l'aliénation absolue du capital, au moins autant qu'il s'agit du créditrentier. Ce pouvait être une gêne fort grande pour le mineur. Il est bon de tirer revenu de ses deniers pendant

1. *Senatus Consulte de Septime Sévère.*

2. Ferrière, Part. IV Sed. VIII. in fin. Meslé. Part. IV. Sect. VIII § 25. Pour les navires, voir Cauvet, art. LIII.

3. Arrêtés de Lamoignon, art. 79. Meslé. Part. I. Ch. 8,§ 11. Bourjon tit. VI, Dist. II, art. LXXXV.

Digitized by Google

qu'il est jeune, mais à sa majorité il peut lui être indispensable de les trouver disponibles pour son établissement ; l'exposer à n'avoir plus alors le maniement de ses fonds, c'est lui préparer peut-être des difficultés extrêmes. On le sentit si bien que l'on essaya de faire pour les mineurs une exception aux règles qui prohibaient la stipulation des intérêts : on imagina une constitution de rente spéciale, dans laquelle le capital au lieu d'être aliéné pour toujours serait remboursable à la majorité du créancier (1). Cette fois la fiction qui avait servi à tromper les canonistes n'était plus suffisante à dissimuler l'usure, du moins ce qu'on appelait de ce nom à cette époque. Les jurisconsultes se partagèrent. Lamoignon s'élève avec vigueur contre cette invention et il défend de mettre les deniers pupillaires en banque, ni en prêt par obligation (2). Au contraire, en Normandie l'arrêt du parlement de Rouen cité plus haut permit cette combinaison (3). Ainsi le seul obstacle aux placements sur obligation n'est pas l'infériorité supposée du simple droit de créance, c'est uniquement la prohibition du prêt à intérêt. Si donc l'on peut trouver un placement de ce genre légalement autorisé qui produise des revenus et permette le remboursement à une échéance voisine de la majorité, les deux avantages se trouveront conciliés et il n'y aura plus de raisons pour ne pas assimiler cet emploi à l'achat des rentes ou fonds de terre. Cet idéal, Meslé y fait déjà allusion ; il est vrai qu'il entendait se référer à l'Édit de Rouen portant que l'emploi pourrait être fait en tout autre placement autorisé par les ordonnances. Mais rien ne put empêcher de mettre les deniers pupillaires dans une société de marchands. La commandite d'abord, puis plus tard l'action, tels furent les placements qui finirent par prendre droit de cité à côté de ceux recommandés par l'ordonnance. La loi elle-même favorisa les emplois de cette nature. C'est ainsi que nous avons vu en 1720 les capitalistes, et parmi eux se trouvaient de nombreux mineurs, qui avaient des Rentes sur l'Hôtel-de-Ville, invités à recevoir en échange des actions de la compagnie des Indes et celles-ci devenir immeubles par le dépôt en Banque. Puis plus tard lors de la débâcle, on offrit au tuteur l'emploi sur les aides et gabelles, pour les remboursements faits en papiers pendant l'année 1720 (4).

70. — Par suite de ces progrès constants et de cette interprétation intelligente, mais de plus en plus large, de l'article 102, les formes légitimes d'emploi s'étaient multipliées ; le tuteur avait donc à faire désormais un choix difficile, d'autant plus grave qu'il pouvait dépendre davantage du crédit

1. Cauvet. *loc. cit.* art. XLI, p. 192.
2. Arrêtés. Art. 95.
3. Cauvet. *loc. cit.* Meslé. VIII § 35.
4. Bourjon. Tit. VI, art. CXVIII.

Digitized by Google

particulier ; il parut dangereux de le lui laisser faire sous sa seule responsabilité. Dès lors, il dut prendre l'avis des parents qui sont en cette matière ses légitimes contradicteurs : sinon, dit Bourjon, ce serait disposer (1). Puis s'élevant à une considération plus générale, Bourjon va jusqu'à dire : « L'emploi est considéré comme immobilier, car il est représentatif d'un fonds, et tout fonds et tout ce qui le représente est au-delà de l'administration du tuteur » (2). Telle a été la marche des idées : les placements autorisés sont d'abord limités à deux ; puis ils s'étendent aux parts d'intérêt et aux actions ; et à mesure que la multiplicité des choix augmente les dangers, la jurisprudence et la doctrine accumulent les protections. Disposer des deniers, qu'ils proviennent ou non de la vente d'un bien immobilier, c'est désormais disposer du fonds du patrimoine ; l'emploi à faire, l'emploi réalisé ne sont encore qu'une forme représentative nouvelle de l'immeuble pupillaire ; ils participeront donc aux mêmes formalités et garanties.

71. — *Meubles incorporels.* — Après l'examen détaillé auquel nous venons de nous livrer et la conclusion que nous en avons tirée, la question de l'aliénation des meubles incorporels par le tuteur, devient singulièrement facile à résoudre. Un premier point certain et déjà établi, c'est que l'obligation de vendre les meubles ne s'appliquait pas aux droits incorporels. Tous les auteurs nous répètent que le seul devoir du tuteur relativement aux créances est d'en poursuivre le remboursement à l'échéance, d'en toucher le paiement et de placer les deniers qui en proviennent (3). Ce sont là des actes d'administration par excellence ; il pouvait même recevoir le rachat des rentes constituées ; ici le doute était permis ; nous avons même vu Duplessis refuser ce droit au gardien ; or l'on aurait pu au besoin renouveler ici les motifs invoqués par lui. Cependant qu'à tort ou à raison, cet acte ait pu paraître comme une transformation d'un droit pupillaire, comme une aliénation, c'était une aliénation inévitable ; que l'on refuse au gardien le droit d'intervenir, cela peut se comprendre, il n'est pas le représentant du pupille ; mais le tuteur étant capable de faire tout ce qui est absolument nécessaire, un acte de ce genre rentre dans son administration (4). Recevoir ce remboursement, dit Renusson (5), c'est administrer et non disposer. Le

1. Bourjon. *loc. cit.* art. CXVI, Cf. Meslé, *loc. cit.* VIII § 25.

2. Bourjon, *loc. cit.* art. CXIX.

3. On appliquait la loi 25 Cod. ad. Tut. et curat., sauf pour le recouvrement des deniers. Cf. Meslé *loc. cit.* § 11 et suiv. Arrêté de Lamoignon. Lapeyrière V° T. décis. 173 Bourjon : *Loc. cit.* Despeisses : Tut. et curat. n° 13 tom. Ier p. 515. Edit. de Lyon 1664 Arrêt. Parl. de Paris 23 fév. 1626. Bardet. tom. Ier Liv. 2. Ch. 72. Rodière en note sous l'arrêt du 12 décembre 1855. J. du Pal. 57 p. 353.

4. Duplessis. D^rts^. Incorporels. Liv. 2. œuv. T. 1er, p. 163.

5. Renusson. Trait. des propres Ch. 4 sect. 10.

Digitized by Google

tuteur enfin serait personnellement responsable de toute négligence qui eût compromis le remboursement à l'échéance d'une dette active du mineur. A-t-il laissé s'accomplir une prescription en cours? A-t-il négligé de faire une opposition nécessaire? Il devra compte au pupille de la perte qui en a été la conséquence. Tout cela rentre dans son rôle de gérant du patrimoine. Il doit administrer chacun des biens suivant sa nature spéciale, et le propre d'une créance c'est de fournir l'objet dû à l'échéance. Mais devons-nous aller plus loin et reconnaître qu'il pouvait même sans avis de parents céder la créance, en un mot aliéner les droits incorporels mobiliers du pupille?

72. — Dans le droit antérieur au XVIIe siècle, je crois que l'affirmative ne faisait aucun doute. Il n'est pas alors de plus mauvais placement qu'une créance mobilière; ne produisant pas d'intérêt elle expose sans compensation aucune le mineur aux risques d'insolvabilité du débiteur; nous savons qu'un tel emploi était absolument interdit au tuteur; et si la vente de ces créances ne lui était pas strictement imposée c'est surtout en vue des conditions désavantageuses, où elle se serait présentée. Du moins est-elle laissée à sa discrétion.

Si le tuteur a des doutes sur le crédit du débiteur et qu'il rencontre un cessionnaire assez hardi pour lui payer un prix suffisant ce droit déjà fort compromis, il n'y a pas d'hésitation possible. La créance n'est d'ailleurs pas considérée comme un fond dans le patrimoine du mineur, c'est au contraire un droit précaire destiné à s'éteindre vite; c'est une situation passagère et comme elle ne rapporte rien, ce n'est jamais un placement définitif; s'en défaire à prix d'argent pour le remplacer par des rentes, ce n'est pas un acte de disposition, c'est encore un acte d'administration que le tuteur a qualité pour opérer seul; peut-être même en fut-il toujours ainsi des simples créances, puisqu'elles ne devinrent jamais productives d'intérêts. Mais cela fut-il applicable aux fonds placés dans les commandites, aux actions dans les compagnies? Je n'hésite pas à répondre non.

73. — Il y a entre ces créances d'un nouveau genre et les prêts ordinaires tels qu'ils étaient permis en ancien droit, une différence capitale, c'est qu'elles sont susceptibles de former un placement sérieux et définitif. Elles constituent un fond dans le patrimoine; elles ont même ce double avantage sur la rente, qu'elles produisent un revenu dont l'augmentation peut être indéfinie et qu'elles peuvent se prêter toujours à une réalisation facile et immédiate. Or le principe, nous l'avons vu, c'est que toutes les fois que l'opération à réaliser concerne un placement définitif fait ou à faire pour le compte du mineur, on touche au fond même de son patrimoine et l'acte excède la simple administration. Pour déterminer l'emploi, le tuteur doit prendre un avis de parents; comment supposer qu'une fois le placement

Digitized by Google

fait, d'après les indications qui lui ont été données, il puisse être permis au tuteur agissant seul de modifier après coup les dispositions qui lui ont été imposées ? Ne serait-ce pas, par la plus étrange contradiction, permettre d'échapper par un simple détour aux prescriptions mêmes destinées à garantir l'emploi des capitaux ? D'ailleurs le raisonnement n'est pas seul à nous conduire à cette solution. L'arrêt du Conseil de 1720 qui permettait le dépôt en banque des actions et billets de la Compagnie des Indes avait précisément pour but de donner à ces titres les mêmes conditions de stabilité et de sécurité qu'aux anciennes rentes. Les actions ainsi déposées prenaient le caractère d'immeubles, et le tuteur ne pouvait plus aliéner que suivant les formalités nécessaires en pareilles matières. C'est d'ailleurs ce que nous dit expressément Poullain-Dupare sur l'Édit des tutelles en Bretagne (1). Après avoir constaté que ces titres étaient exempts de la crue, il ajoute : « D'ailleurs ces actions ont un revenu fixe et elles ne doivent point être vendues sans un avis exprès de parents. Elles ne doivent même en ce cas être vendues qu'à Paris sur la place afin qu'on puisse en retirer le prix le plus avantageux. » Cette règle à coup sûr était générale (2), et non seulement applicable aux titres immobilisés dont nous parlions plus haut ; mais elle suppose alors qu'il s'agit d'actions inscrites au nom du mineur et non de billets au porteur. La marche progressive et admirablement conforme au développement économique de la société ancienne avait donc abouti à entourer les valeurs mobilières des mêmes garanties que les autres fonds du mineur. Poullain-Duparc nous en donnait une raison analogue à celle que Pothier avait mise en avant pour justifier l'immobilisation des rentes. Elles produisent un revenu annuel ; c'est un capital aliéné. On peut donc en dehors de l'annuité périodique, ou du dividende distribué, concevoir un être de raison qui en soit la substance et représente relativement aux fruits qu'elles produisent, ce qu'est le fonds de terre pour les récoltes de chaque année.

Tel était en ancien droit à la veille de la Révolution le régime auquel était soumis ce qui correspondait alors aux droits que nous avons nommés depuis les valeurs mobilières. Les plus importants d'entre eux, comme les rentes, avaient été classés parmi les immeubles ; et les plus récents, tels que les actions commerciales, étaient devenues susceptibles des plus minutieuses garanties ; enfin l'emploi lui-même était soumis au système de l'autorisation préalable. On peut dire qu'il y a un siècle les mesures que nos législateurs viennent de prendre pour la protection de la fortune mobilière des mineurs

1. Poullain-Duparc, Princ. du Dr. franç., L. I, Ch. XII, Sect. VI, art. 78.

2. Cf. Bourjon, *loc. cit.* : L. XXXV. Arrêté du Parlement du 23 février 1626. Bardet, tom. 1er, Liv. 2 ch. 72.

Digitized by Google

existaient déjà : Notre nouvelle loi de 1880 eût été inutile alors. Ces progrès avaient été réalisés dans une société aristocratique qui à son déclin encore, gardait pour la terre, ce qui jadis avait été le fief, une préférence indiscutable ; c'est à peine si les valeurs mobilières venaient de faire leur apparition et déjà toutes les mesures qu'elles réclament en vue de leur développement et de leur conservation avaient été ébauchées. Et nous, en plein développement industriel et commercial, sous une législation où les rentes sont devenues meubles, à une époque où les fortunes les plus considérables souvent ne contiennent pas un seul droit immobilier, nous avons vécu plus d'un demi siècle sur un texte vague et insuffisant (1), que chacun torturait à sa guise ; nous n'avons abouti enfin qu'à livrer la fortune des mineurs aux caprices et à l'arbitraire de leurs tuteurs et n'avons trouvé d'autre remède à cet état de choses que de revenir, avec moins de simplicité et quelques complications de plus, au point où se trouvait la jurisprudence ancienne à son dernier état.

Nous aurions pu suivre cette étude de l'administration pour autrui dans les autres hypothèses où elle se rencontre, mais nous aurions vu partout les mêmes tendances et les mêmes progrès en germe. Il nous a semblé que cet aperçu relatif aux pouvoirs de tuteur suffisait amplement pour indiquer quel était en cette matière le dernier état de la législation au moment où l'on allait procéder à la rédaction du Code civil, et pour faire comprendre aussi avec quels soins minutieux le droit ancien savait se plier à toutes les exigences nouvelles. Nous avions eu l'intention de montrer que cet esprit vigilant et attentif de la jurisprudence coutumière n'avait pas ignoré les besoins d'un état économique dont l'évolution commençait à peine, et que, malgré l'apparence rigoureuse d'une classification n'ayant plus qu'une valeur théorique, il avait nettement fait une situation à part aux valeurs mobilières, situation mixte qui ne pouvait pas entraver leur circulation rapide et répondait suffisamment aux intérêts légitimes des titulaires. C'est cette double preuve que nous avons tentée ; nous la croyons suffisante.

Section II

Régime des valeurs mobilières d'après le Code civil.

75. — Au moment où vont s'ouvrir les discussions relatives aux divers titres du Code civil, les valeurs mobilières n'avaient pas entièrement disparu, et, lors même que n'existerait pas l'article 529 qui les nomme et les classe, il serait

1. Cod. civ. art. 452.

Digitized by Google

inexact de prétendre qu'elles aient pu passer inaperçues. Elles venaient sans doute de subir une double crise, l'une qui ne semblait être due qu'à elles-mêmes et l'autre aux circonstances troublées que la France venait de traverser ; et cependant du sein de ces désastres étaient sortis les germes d'une prospérité future et nécessairement pressentie. La tentative de Law, pour avoir sombré, n'en avait pas moins démontré la puissance féconde de l'industrie et la force de ce levier puissant pour soulever l'opinion publique, entraîner la confiance, trop souvent peut-être favoriser l'illusion, mais du moins créer le crédit. De son côté la Révolution avait beau resserrer le commerce dans les bornes étroites de nos frontières mutilées ou menacées, et taxer l'exportation de connivence avec l'étranger ; Mirabeau pouvait du haut de la tribune attaquer la caisse d'Escompte, une des dernières créations du ministère de Turgot ; il pouvait l'accuser de renouveler, par l'appât de ses dividendes, le jeu effréné des temps de la Régence et de faire pièce au crédit de l'Etat déconsidéré, à demi ruiné ; plus tard la Convention, non contente de constater le discrédit du commerce, pouvait encore être tentée d'en consacrer législativement la déchéance en portant des lois contre les sociétés et les commandites ; rien de tout cela ne pouvait empêcher que le travail, affranchi par la Révolution elle-même qui avait aboli les Jurandes et les Maîtrises (1), ne fut prêt à prendre un essor nouveau, aux premiers indices de tranquillité renaissante, et que le commerce ne pût offrir un refuge ardemment souhaité par cette génération qui avait connu de la liberté tous les abus et tous les enthousiasmes ; et qui peut-être, se sentant incapable de faire une institution durable de ce qui n'avait été pour elle qu'un jeu dangereux et un prétexte à déclamations théâtrales, était prête à abandonner son rôle d'apôtre du genre humain, pour ne plus chercher, dans le terre à terre des intérêts matériels, qu'à satisfaire un besoin immense de repos intellectuel et de détension politique, voisin de la lassitude, et capable de toutes les abdications. Cette tendance s'était fait jour au plus fort de la tourmente révolutionnaire, elle se manifestait à chaque période d'accalmie (2) ; les établissements financiers n'avaient pas succombé sous les foudres de Mirabeau ; la Caisse d'Escompte avait dominé la crise : elle était destinée à devenir la Banque de France ; enfin dès les premières années du Consulat, de nombreuses sociétés anonymes se fondaient. Leur importance n'échappait à personne (3), et les rédacteurs du Code civil, moins que tous autres, ne pouvaient ignorer cet état de choses. Treilhard,

1. Décret des 15-28 mars 1790, des 2-17 mars 1791, des 14-17 juin 1791.

2. Cf. Rivière. *Du régime de la propriété mobilière* (1854). Prolégomènes, p. 33 et suiv.

3. Cf. Observations du tribunal de commerce de Marseille sur le projet du Code de commerce.

Digitized by Google

dans son rapport sur le titre de la distinction des biens, y fait une allusion évidente ; Régnault d'Angély l'accentue encore dans l'exposé des motifs du titre des sociétés au Code de commerce ; tous les hommes qui ont la pratique des affaires et le sentiment de l'état économique pouvaient déjà, au moins dans une mesure restreinte, prévoir l'avenir réservé à la fortune mobilière (1).

76. — Il semble donc que dès l'époque de la rédaction du Code la maxime : « *mobilium vilis possessio* » ne dut plus avoir qu'un sens bien restreint, et une portée bien amoindrie. Et cependant c'est sur elle seule que l'on s'appuie pour rendre compte des nombreuses différences établies par le Code civil entre les meubles et les immeubles. Cette explication est-elle juste ? En raison, nous savons déjà qu'elle ne pourrait être admise que sous réserve d'une distinction très nette entre les meubles périssables au sens de l'article 102 de l'ordonnance d'Orléans, et les droits incorporels mobiliers. En fait, il y a d'autant plus de raison pour justifier cette restriction que le droit intermédiaire ayant admis la légitimité du prêt à intérêt, les placements en argent allaient acquérir une importance croissante. Notre régime hypothécaire avait été consolidé et le prêt à intérêt allait devenir le placement le plus recherché et le plus universellement pratiqué. Pendant de longues années, les petits capitalistes, les propriétaires de nos campagnes, n'auront d'autre ambition financière que de trouver pour recevoir leurs modestes épargnes un emprunteur pouvant offrir une première hypothèque : revenu fixe et capital assuré, n'est-ce pas le placement le meilleur et le plus à la portée de tous ? Les rédacteurs du Code ne pouvaient l'ignorer. Le gouvernement songeait d'ailleurs à reconstituer le crédit public et il ne pouvait prétendre confondre dans la même indifférence l'objet futile que la mode crée et délaisse, qu'un caprice, un hasard, un choc peut détruire, et le droit impérissable des créanciers de l'Etat. Enfin la classification ancienne allait être entièrement bouleversée, en vue d'une simplicité singulièrement confuse, et tout au préjudice de la fortune mobilière. Nous savons qu'en ancien droit tous les biens les plus importants qui par leur nature eussent été compris dans la catégorie des meubles, étaient devenus immeubles fictifs. Désormais ces assimilations, que l'on prétendait contre nature, vont disparaître ; les rentes, les offices, quand la loi de 1816 leur aura donné leur organisation définitive, les droits de propriété littéraire et artistique, tout cela va devenir meuble indistinctement, impitoyablement.

77. — Nous ne voyons à cette égalité de situation faite à tous ces meu-

1. Cf. Delpierre. *Séance du corps législatif* du 14 septembre 1807.

Digitized by Google

bles si divers qu'une explication possible, la logique inflexible à laquelle ont cru devoir céder les théoriciens de l'époque, et cette tendance un peu prétentieuse à la simplicité qu'ils avaient trouvé dans le bagage philosophique de la Révolution. Il suffit de lire les travaux préparatoires du titre de la distinction des biens pour en rester persuadé. On veut conserver la distinction de l'ancien droit. Mais alors on lui donne pour base des différences réelles, tirées de la nature des choses, dégagée de toute idée conventionnelle. Plus de fictions, plus de détours inutiles; les immeubles fictifs doivent disparaître, les propres de succession n'ont plus de raison d'être sous le nouveau régime de la dévolution des biens. Tous les orateurs insistent avec une certaine fierté sur ce progrès de simplification et volontiers ils diraient en se rappelant le vers de Boileau :

« J'appelle un meuble, un meuble, etc, etc, etc. »

Ces idées théoriques se trouvaient en outre merveilleusement correspondre avec les nouveaux principes d'égalité; après avoir aboli la hiérarchie entre les personnes, il paraissait juste de soumettre les biens au même niveau démocratique. Egalité fictive, car c'était une égalité de mots; la seule vraie, nous l'avons vue régner en droit romain ; elle n'a d'autre base que la nature exacte des biens sans attacher plus d'importance qu'il ne convient à cette circonstance que tel d'entre eux peut être déplacé, que tel autre ne saurait l'être. Égalité impossible, puisqu'elle conduit à la prédominance absolue d'une classe privilégiée, sans admettre que ses faveurs puissent se déverser sur tel autre droit de nature différente mais d'importance égale. Il faut observer en outre que l'on attachait moins de prix à la conservation des biens dans les familles ; et peut-être ne sera-t-il pas hors de propos de prétendre que la propriété immobilière même au point de vue politique n'avait pas perdu tout prestige. Si on lui avait enlevé son blason du temps passé, peut-être lui destinait-on des titres de noblesse d'un autre genre. La Révolution en effet avait fait passer en bien des mains les anciennes propriétés foncières, le nouveau régime succsssoral allait en favoriser la division à l'infini et l'on pouvait espérer que chaque famille, chaque foyer pourrait prétendre à quelque parcelle du sol du pays. Cette ambition est d'ailleurs, chacun le sait, le but suprême du plus humble de nos agriculteurs français. La terre en entrant dans les plus modestes patrimoines redevenait encore le bien précieux par excellence, le plus digne de la prédilection du législateur. Toutes ces raisons, jointes à la rareté des valeurs mobilières alors existantes, au peu d'importance qu'elles occupaient dans les fortunes, peuvent suffire à expliquer que la propriété immobilière ait à peu près seule attiré l'attention des rédacteurs du Code civil. Le régime des meubles se trouve presque partout déterminé dans le Code par voie d'exclusion.

Digitized by Google

78. — Cependant si l'on combine cette façon de procéder avec les deux ordres de considération dont nous venons de présenter le développement au sujet des deux classes de biens reconnues par le Code, il semble que l'on doive arriver à une règle d'interprétation fort juridique. Tant qu'il s'agit d'immeubles, l'opinion du législateur est très arrêtée; il n'éprouve dans les dispositions qu'il doit prendre à leur égard, aucune hésitation; de plus, toute distinction ayant été supprimée dans la catégorie des biens immobiliers, il peut statuer par mesures générales et absolues. Au contraire lorsqu'il s'agit de biens meubles, il se trouve, grâce à la simplicité de la classification nouvelle, en présence d'une diversité extrême, d'une confusion de genre et d'espèces singulièrement embarrassante. Comment dès lors procéder par disposition générale, et prendre des mesures d'ensemble qui puissent convenir à des droits de nature si différente? C'est pour chacune de ces catégories distinctes qu'il faudrait en quelque sorte créer des exceptions, des restrictions, des subdivisions. Parmi ces meubles, les uns n'ont d'utilité que par la consommation qu'on en fait, ils sont destinés à disparaître promptement; les autres, dont l'existence peut paraître désirable, n'en dépérissent pas moins par le simple usage; il en est au contraire de précieux, sur lequel le temps ne peut rien, mais qui sont au même degré susceptibles de disparition facile; enfin, d'après le Code, se rencontrent dans cette même catégorie tous les genres si divers de droits incorporels, tous plus ou moins fixes, individualisés, source de revenus considérables, éléments précieux du patrimoine. Comment établir des règles applicables à tous? Comment descendre dans les détails d'application relatifs à chacun de ces genres divers?

Les deux procédés paraissaient également difficiles. Le Code paraît s'en être tiré par un échappatoire qu'expliquent suffisamment les précédents historiques. La preuve incontestable qu'il n'a pas entendu procéder par dispositions générales, c'est que nulle part, ou à peu près, il ne règle d'une façon distincte le régime des meubles. De parti pris, il évite d'édicter pour eux une mesure qui puisse paraître, par suite de la généralité de ses termes, s'appliquer à tous les effets mobiliers sans distinction. Et si par exception, il parle de meubles, c'est dans les cas seulement où l'ensemble des circonstances fait disparaître toute incertitude et suffit à préciser la nature exacte des biens auxquels la disposition s'applique; d'ordinaire il procède ainsi dans les cas où pratiquement il ne peut être question que de meubles corporels. En dehors de ces hypothèses, il craint de se prononcer, et garde au sujet des meubles un silence voulu. Il est donc impossible que le législateur d'alors ne se soit souvenu des exemples récents de la jurisprudence ancienne. Dans le dernier état du droit, la tendance marquée était, nous l'avons vu, de faire aux meubles incorporels une situation à part; on n'osait

Digitized by Google

la définir avec une précision qui pût devenir dangereuse à leur rapidité de circulation, mais on laissait à la doctrine et à la pratique le soin de faire suivant les cas le partage des règles qui devaient être appliquées aux biens de cette espèce. Il n'est donc pas douteux que cette tradition ne se soit perpétuée, et que les rédacteurs du Code n'aient entendu, comme les jurisconsultes dont ils suivaient les traces, laisser à la jurisprudence le soin de soustraire les meubles incorporels aux dispositions incompatibles avec leur nature. Ceci est surtout exact pour tous les cas où la situation des meubles se trouve déterminée par voie d'exclusion et ressortir *a contrario* de dispositions spéciales édictées pour les immeubles. Dans certains hypothèses de ce genre la disposition générale que l'on prétendrait tirer par un argument *a contrario* ne pourrait même pas s'appliquer à tous les meubles corporels : il nous suffira de démontrer cette vérité pour être en droit de poser ce principe que jamais les rédacteurs du Code civil n'ont entendu déterminer le régime des meubles incorporels par voie d'opposition eu égard à celui des droits immobiliers.

79. — Quelques exemples suffiront à cette démonstration. L'article 3 indique par quelle loi seront régis les immeubles situés en France appartenant aux étrangers; il leur applique la loi française et ne parle pas des meubles; en faut-il conclure que ceux-ci sont toujours indistinctement soumis à la loi personnelle de leur propriétaire ? Personne ne saurait l'admettre d'une façon absolue ; exacte en ce qui regarde la succession mobilière, cette interprétation ne pourrait plus s'appliquer aux meubles même corporels pris individuellement. Dès qu'ils sont susceptibles d'avoir une situation suffisamment précise, ils tombent sous la réglementation de la loi du pays où il se trouvent soit à poste fixe, soit en voie de circulation. Il en serait ainsi pour toutes les lois relatives à la possession des meubles, aux privilèges dont ils sont susceptibles (1). Il serait donc absolument faux d'avouer que toute disposition spécialement édictée pour les immeubles implique immédiatement une décision contraire à l'égard des meubles sans distinction. Nous avons ajouté en outre, que souvent lors même que le Code civil emploie le mot meubles d'une façon générale, il est permis de conclure des circonstances qui ont motivé sa décision qu'elle ne s'applique qu'aux objets matériels et laisse en dehors toutes nos valeurs mobilières. L'article 2279 nous présente de cette assertion une indiscutable confirmation. Il a pour but d'écarter l'action en revendication des meubles contre le possesseur de bonne-foi. Les motifs de cette dérogation aux droits du propriétaire sont, de l'aveu de tous, tirés de ce que l'usage n'admettant guère que l'on garde trace des transmis-

1. Demol. tom. I, n° 96. Cass. 19 mars 1872, Sir. 72. 1, 238.

Digitized by Google

sions d'objets mobiliers, on ne pouvait sans apporter un grand trouble aux négociations de chaque jour, imposer au possesseur inquiété la preuve de son droit de propriété. Il est certain qu'une semblable raison ne pourrait plus s'appliquer aux transferts de valeurs, ni aux cessions de créance en général; aussi décide-t-on unanimement que la règle de l'article 2279 ne saurait s'étendre aux droits incorporels mobiliers. D'ailleurs la comparaison de l'article 1690 et de l'article 1141 prouve suffisamment que le Code a entendu régler d'une façon fort différente l'effet des aliénations de meubles corporels et celui des cessions de droits incorporels.

De toutes ces preuves en quelque sorte négatives nous pouvons tirer cette conclusion que le Code, dans la plupart des dispositions qu'il paraît édicter pour les meubles en général, a entendu faire une place à part aux créances et valeurs ; nous trouvons enfin une indication directe de cette idée dans un des articles du chapitre consacré aux meubles, l'article 533. Ce texte a d'ailleurs une portée plus générale, il semble inspiré par les anciennes décisions relatives aux legs d'effets mobiliers et paraît avoir conservé comme un souvenir de la distinction traditionnelle entre les meubles précieux et les meubles périssables ; il est intéressant à ce titre, bien qu'inutile à beaucoup d'autres. Ce texte, plutôt un peu malencontreux, fait partie du petit dictionnaire en trois articles, où le Code a cru devoir déterminer législativement la valeur des termes qu'il était susceptible d'employer relativement aux meubles. L'article 533 définissant le mot meubles, pour le cas où il est employé seul, énumère tous les objets ou droits mobiliers qu'il faut excepter de sa généralité d'application. De ce nombre sont les créances et autres droits incorporels. A la suite viennent certains objets précieux, les récoltes et denrées. Cet article, qui est à peu près inapplicable dans la plupart des cas où sa place semble marquée, n'a par conséquent qu'un seul avantage ; il nous montre la tendance très marquée chez le législateur de sous-entendre en parlant des meubles en général un certain nombre de distinctions dont il laissait à la jurisprudence le soin de déterminer l'étendue et la portée pour chaque cas en particulier. Cette intention est si prononcée que, même sous la troisième expression, la plus générale et la plus compréhensible d'après le Code, celle de biens mobiliers, l'article 535 craint encore de s'avancer trop loin en disant qu'elle comprend tout ce qui est meuble d'après les dispositions de la loi; il tient encore à réserver le pouvoir d'appréciation du juge et l'indique clairement par l'insertion d'un adverbe qui vient restreindre la portée de la définition et prévoir d'avance les exceptions possibles à la règle.

80. — Ainsi donc, en raison et en droit, le principe que nous avancions plus haut nous semble désormais hors d'atteinte sérieuse ; nous croyons qu'il

Digitized by Google

doit s'analyser dans les deux règles suivantes : 1° toute disposition, dans ses termes spéciale aux immeubles, n'inspire pas une disposition contraire pour les meubles en général ; 2° toute décision appliquée aux meubles nominativement ne saurait être étendue sans précaution aux droits incorporels mobiliers. Il résulte de là que l'interprète doit avoir, sur la plupart des points qui font l'objet de cette étude, un très large pouvoir d'appréciation. Son rôle prend une importance singulière, puisque c'est à lui que la loi s'en est remise du soin de régler l'application pour chaque catégorie de droits mobiliers des dispositions qu'elle édicte pour l'ensemble. Il doit s'inspirer, pour remplir cette mission, de la nature juridique et des fonctions économiques des droits dont il lui faut rechercher la réglementation parmi les différentes dispositions du Code applicables aux biens ; c'est par analogie qu'il devra procéder ; et il n'oubliera pas non plus qu'il doit se tenir éloigné de toute interprétation servile comme de toute inspiration empreinte de nouveauté et directement contraire aux idées du législateur de 1804. Même quand le texte spécial fait défaut, on ne peut le suppléer que par le texte général ; c'est à la loi d'ensemble qu'il faut se référer ; telle qu'elle est, il suffit qu'on l'interroge, elle ne restera jamais absolument muette. Cette loi, nous devons nous en souvenir, est le Code civil de 1804, et non celle que nous pourrions entrevoir dans notre idéal de perfectionnement. Souvenons-nous enfin que, même en cette matière, les traditions, ou, si ce mot paraît quelque peu prématuré quand il s'agit des valeurs mobilières, les essais de l'ancienne jurisprudence étaient récents et que les auteurs du Code n'ont pu les oublier.

81. — Tel sera donc notre procédé d'interprétation ; mais à côté de ce rôle rigoureux de l'interprète il en est un autre qui est inséparable de celui-ci, le rôle de critique. Comme tel, nous devons, nous pouvons même, après avoir étudié la loi telle qu'elle est, pressentir la loi telle qu'elle sera ; nous commencerons par examiner la question telle qu'elle se pose devant le juge pour remonter de là à celle qui s'impose au législateur. C'est qu'en cette matière plus qu'en tout autre tout est à faire ; cela se comprend, puisque rien n'a été fait. Le procédé de rédaction du Code civil put avoir, ou plutôt aurait pu avoir, cet avantage de ne pas asservir la jurisprudence à la rigueur d'un texte général qui en toute hypothèse aurait assimilé les meubles incorporels à tous les autres. Mais on ne peut nier ce qu'un pareil système pouvait offrir d'incertitude et d'arbitraire : il ouvrait la porte large à toutes les opinions les plus diverses, à toutes les controverses. Celles-ci se renouvelèrent, on peut le dire, sur toutes les matières : question de la vente des meubles (art. 452) ; règles destinées à prévenir la confusion des patrimoines (art. 879, 880) ; fiction du partage déclaratif (art. 883) ; évaluation des biens au cas de rapport (art. 868) ; pouvoirs des administrateurs légaux ; tout autant de points incer-

Digitized by Google

tains, fournissant matière aux plus sérieuses difficultés, aux divergences les plus profondes et sur lesquelles la jurisprudence a plus d'une fois varié, portant, à chacune de ses évolutions nouvelles, le trouble et la perturbation dans les intérêts privés. Tantôt, sur tous ces points, elle assimilait aux meubles ordinaires, les créances et valeurs ; tantôt elle les traitait à la façon des immeubles ; quelquefois elle en faisait une classe à part : c'était, et c'est encore, car en cette matière nous n'avons pas absolument le droit de parler au passé, le règne de l'incohérence, des tâtonnements pénibles et de l'indécision.

82. — D'ailleurs si, sur ces points douteux, l'incertitude compromettait la conservation et les garanties de la fortune mobilière et en particulier des valeurs industrielles, sur beaucoup d'autres, l'existence de dispositions trop certaines venait aggraver la situation faite à ces biens et valeurs par le Code civil. S'agit-il de demandes en justice ? La loi est formelle ; l'action mobilière ne jouit pas des formalités dont la loi entoure l'action relative aux immeubles (art. 464, 1428, 481, 482, 484, 499, 513). En matière de communauté, lorsque les époux n'ont pas réglé leurs conventions matrimoniales, tous leurs biens mobiliers, quels qu'ils soient, même les droits incorporels, leur deviennent communs à tous deux, tandis que chacun conserve propres ses immeubles personnels. De là des inégalités injustifiées ; on prétend qu'en l'absence du contrat d'inventaire, il y a confusion de fait du mobilier ; rien n'est plus faux pour les créances et les titres nominatifs, puisqu'ils font mention du nom du créancier et qu'ils protestent par eux-mêmes contre cette aliénation qu'on leur fait subir comme par surprise. Ces exemples, et d'autres encore, suffisent pour que l'on puisse se rendre compte en cette matière de l'ensemble de notre législation. Sur beaucoup de points, des lacunes qui donnent prise à l'arbitraire, sur d'autres, des assimilations contre nature des meubles incorporels et valeurs mobilières aux objets matériels et périssables quelconques. Quand le texte est muet, les controverses s'élèvent et s'agitent, la jurisprudence et la doctrine luttent péniblement, ardemment ; les intérêts restent en suspens. Timidement on cherche, en s'inspirant de l'esprit de la loi, les moyens de soustraire les valeurs mobilières à des règles qui ne sont point faites pour elles. Mais le plus souvent, quand le texte est formel, cette lutte n'est même plus possible ; les droits incorporels sont clairement sacrifiés, mis au rang des derniers objets futiles et périssables, relégués au rang le plus inférieur de la catégorie des biens. Et cependant le moindre coin de terre aride et improductif, la moindre lande stérile, la plus infime cabane, se trouve être l'objet des soins les plus vigilants du législateur ; cette parcelle de roc ou de sable, cet assemblage de planches délabrées, il l'entoure de la protection la plus exagérée, et le plus souvent la plus ruineuse. En

Digitized by Google

un mot, le Code a cru avoir conservé la distinction que lui avait transmise l'ancien droit. Il a pensé l'avoir ramenée à l'état de nature, comme aurait dit alors un disciple de Rousseau, et par suite l'avoir améliorée. Il en avait, au contraire, changé l'esprit, il l'avait dénaturée. L'arbitraire apparent de l'ancien droit répondait à des différences économiques réelles; la logique du Code est une logique de mots et sacrifie les situations économiques et les besoins de la pratique à la rigidité des definitions.

83. — Cependant, tandis que le Code restait ce qu'il était, que ses lacunes étaient respectées, ses assimilations factices et son texte religieusement gardé hors de toute correction prématurée, ces valeurs que la loi paraissait ignorer prenaient une importance croissante. Les formules, les textes statuaient en vue de patrimoines imaginaires; la composition réelle des fortunes privées restait ignorée du législateur et les intérêts particuliers étaient en péril. Sur un point, et non le moins important, nos lois civiles étaient insuffisantes; notre Code avait à peine quelques années d'existence que le législateur lui-même semblait en faire l'aveu.

La Banque de France, créée en 1800, commençait à prendre un développement considérable. Le privilège de l'État lui était acquis. Dès lors il sembla impossible d'exposer les actions de la Banque aux dangers qui entouraient la fortune mobilière dans le système du Code civil. Un décret du 16 janvier 1808 en permit l'immobilisation au gré du propriétaire. C'est le système des décrets de 1720 à l'égard des actions au porteur de la Compagnie des Indes. Par suite ces actions de la Banque peuvent aujourd'hui encore être susceptibles d'hypothèques légales et judiciaires et leur transfert est soumis à la transcription (1). Il était donc impossible de reconnaître avec plus d'énergie les analogies naturelles qui existent entre la plupart des droits incorporels mobiliers et les immeubles eux-mêmes (2) et de condamner d'une façon plus formelle le système du Code civil à cet égard. Ces privilèges furent étendus par l'État aux actions de certaines compagnies fondées pour exécuter de grands travaux d'utilité publique (3). Mais tous les autres titres restaient indifféremment soumis à un régime que le législateur venait de condamner implicitement. Cependant le crédit se raffermissait; une habile gestion des finances sous la Restauration, avait ramené la confiance. Les grands emprunts étaient couverts avec une merveilleuse rapidité; désormais presque tous les citoyens se trouvaient être créanciers de l'État. De plus les

1. Buchère. *Traité des valeurs mobilières*, 2e édit. p. 109. Sur le développement et l'importance de la Banque de France, consulter le rapport de Rossi à la séance du 22 juin juin 1840, sur le maintien du privilège accordé à la Banque. Valette. Mélanges. T. 25 pièce 9e.

2. Cf. Rossi. Observ. sur le Droit civ., etc. Rev. de légis. et jurisp. T. 11, an. 1840.

3. *Actions des canaux du Loing.*

Digitized by Google

sociétés industrielles devenaient florissantes. Aux premiers jours du gouvernement de juillet les commandites firent de nouveau fureur; les beaux jours de la rue Quincampoix paraissaient être revenus; les mêmes désastres se reproduisirent. On voulut provoquer alors des mesures de répression, apporter des restrictions sévères à la liberté d'association, même lorsqu'elle n'a en vue qu'un but commercial. Mais la panique dura peu. L'exploitation des grandes lignes de chemins de fer commençait. Les compagnies concessionnaires présentaient un but réel, des espérances qui cette fois n'avaient plus rien de chimérique; la confiance revint. Depuis, les mêmes phases critiques se sont représentées à termes presque périodiques : c'est la conséquence d'une spéculation effrénée; mais l'effondrement est passager, le progrès continue toujours. A côté des sociétés industrielles s'étaient élevés de grands établissements financiers. En 1852 le Crédit foncier avait été fondé. Chaque année, du reste, la dette publique s'élevait encore, de nouveaux emprunts se succédaient. On créa les obligations départementales et communales. Depuis ce développement financier a suivi une progression constante. En 1862, Auguste Chevalier estimait à 63 milliards la valeur du sol de la France; or, en 1867, un économiste avait évalué à 20 milliards la somme des valeurs mobilières d'origine française et 5 milliards celle des valeurs étrangères réparties entre tous les patrimoines qui composent la fortune privée (1) Elles représentaient ainsi un quart ou un tiers de la richesse nationale. La proportion s'était élevée encore lors de la présentation aux Chambres de la nouvelle loi de 1880 (2). Et cependant qu'avait-on fait pour cet élément désormais si important des fortunes privées? Rien jusqu'alors.— Depuis longtemps les économistes avaient réclamé; Rossi (3) avait protesté avec énergie contre ce parti pris d'indifférence du législateur, le législateur continuait à s'en remettre à la jurisprudence; mais celle-ci ne sortait des incertitudes où elle avait longtemps cherché sa voie que pour déclarer les valeurs mobilières en dehors de toute protection ou garantie et les laisser à la merci des tuteurs et administrateurs quelconques du patrimoine d'autrui. Enfin aux réclamations de la science, la pratique a joint les siennes; aujourd'hui tout le monde reconnaît que la loi est insuffisante, que des réformes doivent être faites; une loi importante est déjà venue combler une des plus

1. Cf. Rapport de M. Boujean au Sénat. 6 juillet 1862.

2. Cf. Travaux préparatoires de la loi de 1880.

3. Rossi. loc. cit. Rev. de lég. et jurisp. T. 11. On s'était plusieurs fois déjà préoccupé de modifier cette situation; notamment lors des projets de réforme hypothécaire. On voulait restreindre les diverses hypothèques légales et comme conséquence augmenter les garanties des incapables en surveillant plus étroitement les administrateurs de leurs biens. On avait ébauché dans ce sens un projet de loi relatif surtout aux pouvoirs du mari et tuteur quant à l'empl i des deniers et à l'aliénation des autres effets mobiliers. — V. Rev. de lég. et jurisp T. 2, p. 243.

Digitized by Google

funestes lacunes du Code civil, il en est d'autres qui doivent la suivre. Nous sommes en pleine voie de rénovation législative ; la matière que nous avons à étudier est une matière qui se transforme. Aussi nous ne pouvons, même dans cette étude, rester indifférent à cet état de choses ; et nous devons dire quelques mots des conditions nouvelles de notre état social et économique, afin de pouvoir nous demander ensuite quel doit être le caractère des réformes attendues et proposées.

84. — Sous l'ancien régime, la propriété foncière était concentrée entre les mains d'un petit nombre de propriétaires et fournissait la principale source de revenus ; l'usage seul de la terre était réparti dans la masse générale de la population ; ceux qui en avaient ainsi la jouissance étaient en quelque sorte des tenanciers qui avaient la terre à bail et payaient redevance. Aujourd'hui la terre morcelée, divisée, semble être devenue le lot commun des patrimoines, même les plus modestes. Lente et régulière dans son rendement périodique, elle ne peut fournir un aliment aux ambitions pressées ; les aventures hardies ont tenté les capitalistes. Désormais les plus humbles épargnes, autrefois réduites aux placements que l'on appelait usuraires, peuvent s'associer aux plus grandes entreprises et légitimement compter sur les bénéfices les plus illimités. D'un autre côté l'assiette des fortunes a changé. Les plus grandes peuvent ne comprendre que des titres ; un patrimoine de plusieurs millions peut tenir dans un portefeuille. Cette facilité de transmission, étant données surtout nos valeurs au porteur, encourage toutes les libertés ; des fortunes considérables peuvent disparaître sans laisser trace ; il n'est pas jusqu'aux mesures prises pour assurer l'égalité des enfants en face de la succession de leur père qui ne deviennent lettre morte ; les hommes les plus riches peuvent mourir laissant leurs tiroirs vides, et leurs titres en des mains étrangères. Tout cela peut être vrai. La spéculation gagne du terrain ; elle prend droit de cité comme mode régulier de gestion et d'administration du patrimoine, elle n'effraie plus aucune conscience et n'a plus à vaincre aucun préjugé ; il n'est pas d'homme qui n'en aborde l'étude, pas d'âge qui ne veuille en tenter l'essai. A certaines périodes d'épidémie financière, on voit la fièvre s'emparer du public ; chacun rêve à chaque échéance de récolter des millions. Admettons que cela soit vrai. Reconnaissons aussi que la terre reste encore la source véritable et féconde de toute production. C'est elle, peut-on dire, qui moralise les sociétés et fonde les familles ; elle donne aux unes la stabilité, elle leur apprend à aimer la paix et ses bienfaits ; elle établit les autres sur le sol à demeure fixe, comme ces arbres plantureux dont l'ombre s'étend toujours plus épaisse, sans parvenir complétement à intercepter la lumière et à voiler le ciel. Les gains qu'elle donne portent avec eux leur moralité et leur légitimation. Il n'est

Digitized by Google

pas un fruit produit par elle qui ne soit la représentation d'un travail et d'une énergie virile. Elle est une haute école de patience; elle apprend à attendre dans la modestie de l'effort journalier la récompense des longs et durs labeurs, elle réprime les ardeurs d'une cupidité malhonnête. Mais elle est de plus une perpétuelle occasion de désintéressement; grâce à elle l'histoire du vieillard de La Fontaine reste toujours vraie; elle recueille les efforts des générations passées pour en transmettre le fruit aux fils et arrière-neveux. Toutes ces pensées que M. Guizot a su développer avec une éloquence si élevée restent éternellement vivantes (1). Tout ce que l'on pourra ajouter contre le scandale des fortunes soudaines, le luxe qu'elles entraînent, les dangers et les hontes de l'agiotage et tant de compromissions secrètes qu'il impose aux plus nobles caractères, tout cela ne saurait être nié. Mais il reste une vérité que l'on ne peut détruire, c'est que les grandes entreprises et les grands résultats sont à ce prix. En dehors de la mobilisation du capital, de la spéculation qui en est la suite, et des chances à courir, toute tentative lointaine et hardie devient impossible. D'ailleurs n'y a-t-il pas quelque chose d'également généreux à voir les plus infimes épargnes concourir de leur fonds aux grandes entreprises modernes, et soutenir l'État lui-même par le crédit qu'elles lui accordent? La terre ne peut du reste se partager à l'infini; les millions d'habitants qui la couvrent ne peuvent espérer tous une part du sol qu'ils habitent; et quand cela serait possible, ce serait un fait regrettable. C'est avec raison que l'on se plaint dès maintenant de l'extrême division du sol; l'agriculture en souffre, les grandes exploitations deviennent difficiles. Le remède contre ces dangers, la compensation que l'on peut trouver contre ces impossibilités, le développement seul de la fortune mobilière peut les offrir progressivement. La divisibilité est son essence et son accroissement indéfini. C'est par elle que commence le travailleur qui, sorti de la pauvreté, arrive à l'aisance; elle est l'échelon par lequel le prolétariat peut atteindre à la propriété. Les valeurs mobilières représentent l'épargne, elles la décuplent. Enfin certains économistes peuvent rêver de voir, grâce à elles, l'égalité des partages respectée en dehors de toute division croissante de la propriété foncière. L'unité des grandes exploitations agricoles ne sera plus forcément détruite et ruinée le jour où les soultes en matière de partage pourront devenir comme de véritables actions représentatives d'un intérêt mobilier et faire de ceux à qui elles sont dues comme les commanditaires de celui qui aura chargé de continuer et développer l'entreprise commencée (2). D'ailleurs quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, le fait existe, nous n'avons pas à le discuter. La consé-

1. Guizot. *De la démocratie en France*, p. 82.

2. Voir une étude sur divers projets de mobilisation de la propriété foncière, dans le *Journ. des Écon.* du 15 nov. 1882, et *Gaz. des trib.*, 9 fév. 1883.

Digitized by Google

quence qui s'en dégage nettement, c'est que la loi ne peut rester plus longtemps insouciante d'un état économique nouveau qui s'est créé sans elle et presque malgré elle, elle ne peut rester plus longtemps indifférente à l'égard de ces valeurs universellement répandues. Celles-ci doivent être enfin l'objet d'une réglementation spéciale, laquelle doit reposer sur deux idées en apparence contradictoires, celle de leur conservation plus assurée, et celle de leur circulation non entravée.

85. — Que l'on doive veiller à la conservation des valeurs mobilières, c'est une idée en elle-même indiscutable. La loi entoure de garanties sérieuses la propriété immobilière, et cependant l'immeuble ne peut disparaître d'un patrimoine sans laisser de traces; les titres, surtout sous la forme au porteur, peuvent servir aux caprices d'un administrateur imprudent ou malhonnête; et souvent le propriétaire désarmé ne retrouve aucun souvenir ni de l'aliénation ni du prix qu'elle a dû produire. Est-il possible que la moindre parcelle de terre soit assurée à l'incapable, à l'absent, à la femme mariée et à leurs héritiers contre la mauvaise administration de leur mandataire légal ou conventionnel, et que pour avoir eu un denier d'Anzin par exemple, ou des rentes au porteur, le propriétaire puisse être exposé à les voir disparaître sans autres motifs que le caprice d'un gérant bien ou mal avisé? Peut-être même sans autre destination que celle de servir au jeu d'un spéculateur en quête de capitaux et de crédit? Ces valeurs résistent-elles donc par leur nature à toute mesure de protection et garantie? C'est là une grave erreur : pour ce qui est des titres au porteur, ils peuvent toujours être, en France du moins, convertis en titres nominatifs ; et ces derniers ont dans le patrimoine une individualité aussi certaine que les immeubles eux-mêmes. Leur trace ne saurait se perdre; on peut en suivre les transmissions successives. Leur aliénation est entourée de formalités qui l'empêchent de passer inaperçue et suffisent à déjouer la fraude. La loi en a convenu elle-même puisque, par exception, il est certaines de ces valeurs dont elle permet de faire des immeubles fictifs. Cette protection est donc nécessaire; elle est possible; que doit-elle être?

86. — Nous rencontrons ici le second élément qui caractérise les titres et valeurs; il vient à son tour limiter les conséquences que nous pourrions tirer du premier : les garanties demandées ne doivent jamais aboutir à entraver la circulation des valeurs ; il s'agit en cela non-seulement de l'intérêt du spéculateur qui achète pour revendre, mais du capitaliste lui-même qui achète pour garder. On sait trop malheureusement à combien de variations subites ces valeurs sont sujettes; non-seulement pour réaliser avec profit, mais surtout pour éviter de perdre, il faut que toujours celui qui les possède puisse sans retard en effectuer la vente. S'il a les mains liées, s'il doit attendre

Digitized by Google

au-delà de l'échéance prochaine, la baisse peut survenir, et peut-être la ruine. Non-seulement il faut éviter toute formalité qui entraînerait un long délai, mais surtout celle qui exigerait l'exposé de craintes dont l'appréciation est souvent affaire personnelle, et dont la révélation, peut-être indiscrète, peut, en influant sur les cours, devenir un danger pour celui-là même que l'on voulait garantir. Enfin le classement et les cours des valeurs ne peuvent s'établir qu'à force de marchés rapides et multipliés. La protection en cette matière doit donc consister en une surveillance active, dans un système de mesures préventives destinées à empêcher toute aliénation qui passerait inaperçue et surtout dans la nécessité d'une autorisation promptement acquise et n'obligeant à aucune publicité dangereuse.

87. — Ceci dit, nous pouvons tirer la double conclusion de cette étude préliminaire. Lorsque nous serons placés en présence du Code civil et qu'il s'agira d'interpréter son texte, nous devrons nous souvenir que, s'il n'a créé au profit des valeurs mobilières aucun privilège spécial, nulle part il ne les a soumises à aucune assimilation incompatible avec leur nature, ni ne les a traitées avec une pensée secrète de suscipion et de défiance, qu'il ne les a pas laissées dans un état d'infériorité voulue, mais en a confié la réglementation aux principes fondamentaux du droit largement interprétés. Lorsqu'au contraire, nous élevant plus haut, nous aurons à apprécier des dispositions de lois récentes ou des propositions de lois futures, nous aurons à tenir compte des deux éléments que nous venons d'analyser en dernier lieu et nous demanderons au législateur des garanties, mais pas d'entraves ; en un mot nous réclamerons pour les valeurs mobilières une sollicitude égale à celle que l'on accorde aux immeubles, mais non une identité de protection ; un système qui soit une sauvegarde et non un danger (1) ; qui empêche l'aliénation inutile, mais non l'aliénation opportune ; qui ne les assimile pas aux meubles périssables, mais qui ne les immobilise jamais.

88. — Peut-être conviendrait-il dans cette étude générale des valeurs mobilières de donner une énumération détaillée des différents titres que ce mot comprend aujourd'hui ; d'étudier d'un côté le titre-action qui fait de son titulaire un véritable associé, ayant droit à une répartition de bénéfices dont le *quantum* est variable et le *summum* illimité, mais participant aussi à toutes les obligations dont la responsabilité lui incombe de ce chef à l'égard des créanciers sociaux ; et de l'autre le titre-obligation qui, sous des formes diverses, n'est autre chose qu'une créance, dont les intérêts

1. Ihering. — *De l'Esprit du Droit rom.* L. II, 1re Part. tit. II, ch. 2. T. 2, traduct. p. 91. La voie par laquelle tout droit poursuit, et doit poursuivre, l'égalité, est la généralisation...., mais elle présente un danger.... celui de traiter également, ce qui est inégal en réalité.

Digitized by Google

annuels sont déterminés d'une façon régulière. Peut-être devrions-nous faire une classe à part aux Rentes sur l'État et montrer les privilèges divers dont elles ont été entourées ; enfin, il serait bon de faire une différence entre les titres des grands établissements financiers ayant obtenu la garantie de l'État, tels par exemple que la banque de France et le Crédit foncier, et les autres compagnies industrielles ou commerciales dont le crédit n'a d'autres bases que la surface de leurs propres administrateurs et le succès réel de leurs entreprises. Nous verrions à ce dernier point de vue que la loi s'est en plusieurs occasions préoccupée des tires émanant de certains établissements privilégiés et que les assimilant aux Rentes sur l'État elle a pu former de ces valeurs un groupe moins indigne de son attention et de ses faveurs. C'est ainsi qu'en matière d'administration pour autrui, nous aurons à étudier quelques dispositions législatives postérieures au Code civil et s'occupant spécialement des titres de cette classe privilégiée. Il nous a semblé toutefois qu'une étude de ce genre nous entraînerait hors du but spécial qui est le nôtre ; nous devons supposer connues les valeurs diverses que nous supposons confiées aux mandataires légaux ; et nous n'aurons à rappeler les règles spéciales qui peuvent affecter certaines d'entre elles, qu'autant que ces dispositions particulières seraient susceptibles d'influer à leur égard sur les pouvoirs des administrateurs. Il est cependant une question générale qui doit trouver ici sa place, parce que sa solution doit rejaillir sur toutes les parties de ce travail ; et cette question est celle-ci. Nous avons à nous demander dans quelle mesure et de quelle manière la forme du titre pourra influer sur les solutions que nous devrons admettre par la suite et modifier les garanties que nous aurons à reconnaître au profit des valeurs mobilières. Dans ces limites et à ce point de vue spécial, nous sommes ainsi amenés à parler des titres au porteur (art. 35, Cod. commerce).

89. — C'est sous cette forme que les valeurs mobilières présentent dans tout leur jour, on pourrait dire poussés jusqu'à l'abus, les inconvénients et les avantages qui leur sont propres. Ils n'ont pas failli, pas plus à notre époque qu'il y a un siècle, à la mission qui semble être la leur d'entretenir l'agiotage et de favoriser les spéculations les plus dangereuses et les plus déloyales. Eux seuls ont discrédité les valeurs, puisque sans eux elles n'auraient que fort peu accès à la Bourse.

La forme nominative, c'est un vêtement honnête qui ne se prête à aucune supercherie ; la forme au porteur c'est un déguisement à la faveur duquel tout est permis. C'est contre cette dernière seulement que s'élevait M. Bonjean (1), lorsqu'il l'accusait de réduire à néant toutes les dispositions de nos lois, protectrices de la famille et des droits des créanciers. C'est contre

1. Bonjean. Rapport L. du 2 juillet 1862.

Digitized by Google

elle aussi que sont dirigées les protestations que ramènent périodiquement les grands désastres financiers : ce n'est pas, en effet, le titre nominatif qui serait capable de se prêter au marché à terme tel que le pratique l'agioteur. De telles opérations se règlent le plus souvent par des différences et n'aboutissent jamais à la remise des titres ; avec la forme nominative, ces ventes et achats fictifs deviendraient impossibles, chaque négociation serait une transmission sérieuse, et le jeu serait par lui-même écarté. D'ailleurs quelle menace pour les intérêts privés eux-mêmes, que d'autoriser sous une forme aussi fragile la représentation des droits les plus importants ! La fortune des particuliers est à la merci d'un morceau de papier, susceptible d'être détruit ou perdu, plus souvent encore, soustrait frauduleusement ou détourné par un mandataire infidèle, et dont la trace ne peut être retrouvée dans la suite de ses transmissions fugitives. Ces dangers réels n'ont pu prévaloir contre les avantages immenses d'une circulation rapide qui n'exige ni publicité, ni intermédiaire, ni formalité d'aucune sorte. Les Compagnies débitrices, si scrupuleuses sur la validité des transferts qu'on leur demande, multiplient trop souvent elles-mêmes les entraves mises à la négociation des titres nominatifs ; le commerce ne pouvait s'accommoder de cette tutelle étroite et de ce contrôle rigide : il fallait donc dégager leur responsabilité pour s'affranchir de leur surveillance. D'ailleurs le secret des négociations constitue tout autant que leur rapidité, un intérêt de premier ordre. C'est ainsi qu'un débiteur, sous le coup d'une gêne momentanée, peut vendre ses titres, réaliser et faire face à son passif, sans que le public ait pu soupçonner l'état de ses affaires ; son crédit n'est pas atteint. Ce sont eux également qui facilitent la mise en gage, eux enfin qui accroissent sans cesse la multiplicité des échanges et parviennent dans bien des cas à se substituer à la monnaie elle même. Ce dernier rôle est celui surtout des coupons au porteur ; grâce à eux le possesseur du titre, nominatif ou non, peut en les détachant toucher ou déléguer les revenus sans avoir à se dessaisir du titre lui-même. L'existence même des titres au porteur n'a donc jamais été sérieusement menacée ; mais on a cherché à prévenir les dangers dont ils sont l'occasion directe. Ces dangers sont particulièrement graves au point de vue qui nous occupe. La loi, pour une des causes que nous aurons à préciser, a remis la gestion d'un patrimoine appartenant à autrui aux mains d'un administrateur. Le premier devoir qu'elle a imposé à ce dernier a été la rédaction d'un inventaire, comprenant l'énumération estimative de tous les objets mobiliers, titres et valeurs faisant partie du patrimoine ; lors de la reddition de compte, quelques-uns des effets mentionnés à l'inventaire ont disparu ; s'il s'agit de meubles corporels, il ne pourra être d'ordinaire que fort avantageux pour le propriétaire d'en recevoir le prix tel qu'il a été porté à l'état estimatif ; s'il

Digitized by Google

s'agit de titres nominatifs le prix réel résultera du transfert qui en a opéré la transmission et du cours de la Bourse à ce jour; mais si ce sont des titres au porteur, l'époque de l'aliénation ne peut en être exactement connue, et si dans l'intervalle sont survenues de nombreuses variations dans les cours, il peut être souverainement injuste de calculer leur valeur soit au cours existant lors de l'entrée en gestion, soit à celui du jour où elle expire. D'ailleurs comment s'assurer que tous les titres ont été exactement relatés en l'inventaire, s'il s'agit surtout de valeurs provenant d'une succession ouverte au cours de l'administration? Cherchera-t-on à retrouver la trace des titres aliénés? Lors même qu'on y parviendrait, le possesseur actuel ne pourrait être obligé à restitution, c'est du moins le cas le plus ordinaire; et s'il ne reste d'autre ressource que la responsabilité personnelle de l'administrateur, il faut avouer que ce sera souvent une planche de salut bien frêle et sur laquelle il est prudent de ne guère compter. Tous ces dangers cependant ne résultent encore que d'impossibilités de fait et de difficultés qui parfois pourront être vaincues. Mais n'y a-t-il pas davantage? Même en droit ne faut-il pas dire que la forme du titre apporte certaines dérogations spéciales aux principes généraux et aux règles particulières de notre matière? C'est la question qu'il nous faut aborder.

90. — Il est un premier point certain qu'il convient de poser au début. c'est qu'en principe la forme du titre ne modifie en rien les règles de droit commun applicables aux contrats, transmissions, ou libéralités qui s'y rapportent. Ici comme partout, le titre n'est pas le droit. Il représente uniquement un droit impersonnel qui n'existe pas au profit de telle personne plutôt que de telle autre (1); le titre indique, désigne le titulaire, il n'a pas d'autre rôle; il fait preuve. Mais s'agit-il de savoir si ce titre a fait l'objet d'une transmission valide, d'un contrat réellement existant, si celui qui l'a aliéné en avait le droit ou la capacité; ce sont là toutes questions qui, en principe au moins, touchent au fond du droit et sur lesquelles la forme, ou mode de preuve, ne saurait avoir en théorie générale aucune influence (2). Mais à cette règle la loi a apporté, sur un point particulier, une exception si considérable qu'elle semble n'avoir plus rien laissé subsister du principe que nous venons de rappeler : et cependant plus elle paraît envahissante, plus il convient d'en déterminer nettement la portée; cette règle, extraite de l'article 2279, se formule généralement ainsi : En fait de meubles possession vaut titre.

1. Cf. Jozon, Conversion : Revue du Notariat, 1872.

2. Voir une application intéressante dans Buchère. *loc. cit.* nos 325 et 326. Lyon, 9 avril 1856, D. 56. 2, 198. Cf. Troplong, Sociétés, no 178.

3. Bourjon : Liv. II. Ch. VI. Section I, § I. Liv. VI, tit. VIII. Ch. III, et Joseph.

Digitized by Google

91. — Nous savons déjà les raisons qui au XVIIIe siècle, date son apparition première (3), et aujourd'hui encore ont fait écarter de son application les créances et autres meubles incorporels. Les mêmes motifs ne se rencontraient plus en ce qui touche les titres au porteur. Si le droit, comme nous l'avons dit, suit le titre et ne doit avoir d'autre titulaire que celui qui sera reconnu pour le légitime propriétaire du titre matériel, il faut bien convenir, en ce qui regarde celui-ci, que la propriété en sera déterminée par les règles ordinaires susceptibles de régir tout objet corporel, et au premier chef par l'article 2279. Le possesseur du titre, doit-il sous certaines conditions examinées ci-dessous, en être regardé comme le propriétaire, il s'en suivra que la reconnaissance du droit lui-même en faveur de telle ou telle personne qui veut s'en prévaloir, dépendra de l'application pure et simple de l'article 2279. Si donc un administrateur, en dehors des pouvoirs dont nous tracerons l'étendue pour chaque situation particulière, aliène un titre de cette nature, le propriétaire, après avoir repris la gestion de ses affaires, ou, en son lieu et place, ses représentants, pourront-ils faire annuler la vente et rentrer en possession du titre illégalement négocié ? Verront-ils au contraire dans tous les cas leur action en revendication échouer devant l'obstacle de l'article 2279 ? Là est toute la question.

92. — L'article 2279 déclare le possesseur propriétaire : cette règle admet-elle des exceptions, et quelles sont-elles? La jurisprudence y avait vu d'abord une présomption absolue qui ne devait céder qu'aux deux cas d'exception prévus par la loi, ceux de perte et de vol. Depuis elle est revenue sur cette théorie quelque peu radicale et elle admet celui qui se prétend propriétaire à prouver certains faits auxquels elle reconnaît la puissance de prévaloir contre la présomption de la loi. C'est qu'en effet il s'agit de possession, c'est-à-dire d'un ensemble de circonstances ayant en droit une valeur scientifique nettement précisée ; or, la seule possession à laquelle le droit ancien comme le droit moderne aient pu attribuer l'effet de se substituer au droit de propriété, c'est celle au moins qui a de ce dernier toutes les apparences légitimes : il faut donc qu'elle soit exercée à titre de propriétaire (1) et qu'aucun fait juridique antérieur ne vienne démentir cette prétention ; c'est ce qu'on appelle une possession *animo domini* et non précaire, D'un autre côté le but de l'article 2279 est d'éviter au possesseur une preuve jugée à peu près impossible ; et en cela il s'agit moins encore de celle de son titre d'acquisition dont il peut arriver qu'il ait gardé trace, que de celle du droit

Raynaud, thèse 1873 : De la règle en fait de meubles possession vaut titre, nos 54 à 66. Jobbé Duval. Etude historique sur la revendication des meubles. Ch. III, p. 221.

1. Et encore faut-il qu'il ne règne ni incertitude ni équivoque sur ce caractère essentiel de la possession. Cf. Toulouse, 10 mai 1881. D. 82, 1, 433.

Digitized by Google

même de celui qui lui a transmis l'objet corporel, et dont il ne pouvait sûrement discuter l'origine ou la légitimité. Ce motif disparaît donc si le possesseur actuel a connu ou dû connaître le défaut de droit de son auteur ; en pareil cas il est de mauvaise foi et la maxime ne le couvre plus. C'est là d'ailleurs une question de fait qui ne suppose pour sa réalisation l'existence d'aucune autre condition de droit, telle que serait par exemple celle d'un juste titre d'acquisition. C'est ce qui résulte de l'article 1141 qui pour un cas particulier reproduit et développe la règle contenue en l'article 2279. La preuve de la bonne foi ne doit être ni supprimée (1), ni aggravée, comme elle l'a été par les auteurs qui n'ont voulu voir dans cette maxime qu'une prescription instantanée. Disons seulement qu'elle est présumée en faveur du possesseur, mais qu'elle admet toute preuve contraire de la part de celui qui agit en revendication. D'où il suit que la formule exacte de l'article 2279 peut être donnée en ces termes : Une possession non précaire, que l'on tient de celui que l'on croit être vraisemblablement le propriétaire, équivaut à un titre émanant du propriétaire lui-même.

93. — Ainsi formulée, cette maxime devra s'appliquer dès que les conditions requises se rencontreront et sans qu'il y ait à distinguer, comme l'a fait Troplong (2), si le propriétaire revendiquant se trouve placé en face du détenteur qui tient le meuble de lui ou d'un tiers à qui ce dernier l'aurait transmis. Dans le premier cas sans doute elle n'aura pas pour but de changer les conditions du contrat (3) ou de modifier les règles qui déterminent la capacité des parties, encore moins aurait-elle pour effet de dégager de son obligation le détenteur qui n'a reçu le meuble qu'à charge de le restituer, mais sa portée exacte sera ici encore de renverser les rôles en matière de preuve ; le possesseur trouvé nanti du titre n'aura pas à prouver une transmission légitime qui lui en ait acquis la propriété, mais le propriétaire que le lui a remis devra établir qu'il s'agissait d'une détention précaire ou que le contrat en vertu duquel il s'en est dessaisi ne saurait être valable (4). S'il se trouvait en présence d'un tiers possesseur en sous-ordre, le propriétaire n'aurait d'autre ressource que de prouver la mauvaise foi de ce tiers, détenteur actuel.

94. — Ces principes posés, il est facile d'en faire l'application aux administrateurs du patrimoine d'autrui. Supposons, afin d'établir quelques analogies qui puissent nous fournir une transition plus facile encore, qu'un

1. Aubry et Rau, t. 2, § 183, note 29.

2. Troplong. Prescrip. n° 1043 et suiv.

3. Application au cas de don manuel : la question de leur validité est indépendante de l'article 2279 qui ne peut avoir pour but de déterminer les conditions de la validité d'un contrat.

4. Buchère, *Traité des valeurs mobilières*. N° 838, 840.

Digitized by Google

titre au porteur ait été directement cédé par un incapable. Celui-ci conservera contre le cessionnaire son action en nullité dans les termes du droit commun, que l'acquéreur ait été ou non de bonne foi, qu'il ait cru ou non traiter avec un majeur (1). Le possesseur actuel n'a qu'un droit, mettre la preuve à la charge de l'incapable ; ce dernier aura à démontrer que le titre qu'il réclame a été transmis par lui au détenteur sans les formalités ou autorisations exigées par la loi, et dès lors le principe de l'article 1108 subsiste en entier ; le contrat est annulable et la revendication admise. C'est qu'en effet l'article 2279 n'a pas pour but d'épargner aux acquéreurs de meubles le soin de vérifier les conditions de capacité de celui qui contracte avec eux ; cette recherche leur est tout aussi facile en cette matière que s'il s'agissait de transmission immobilière ; et la loi n'avait à leur porter secours ni dans un cas ni dans l'autre. Si l'incapable au contraire se trouve en présence d'un tiers sous-acquéreur, il aura beau prouver la nullité du contrat qui a fait sortir le titre de son propre patrimoine, elle ne saurait réagir contre la possession des tiers, à la supposer de bonne foi. Ce détenteur actuel a cru légitimement acquérir du propriétaire incommutable le titre qu'il possède, cela lui suffit ; il se trouve que le droit de son auteur est résolu, peu lui importe ; il n'avait pas à rechercher les titres de propriété de son vendeur ; et c'est justement pour le défendre contre le défaut de ces titres ou leur résolution, que l'article 2279 vient le couvrir et lui offrir protection (2). Pour qu'il en fût autrement, l'incapable devrait prouver que ce tiers a connu la provenance du titre et le vice du contrat par lequel il était entré en circulation.

Au lieu d'un incapable qui ait cédé le titre lui-même, supposons celui dont le titre a été illégalement aliéné par un administrateur et mettons-le successivement en présence soit du premier acquéreur, soit des tiers détenteurs en sous-ordre. Dans le premier cas, si l'administrateur a vendu le titre comme lui appartenant, nous croyons l'acquéreur à l'abri de toutes recherches ; car le but de la loi est de ne pas l'obliger à discuter la légitimité du droit allégué par le vendeur de meubles : Celui-ci se dit propriétaire, cela paraît vraisemblable, le cessionnaire n'a pas à vérifier sa prétention ; l'article 2279 le protège. Si l'acquéreur au contraire a su que le titre négocié faisait partie du patrimoine administré par celui qui lui en propose la vente, la validité de son acquisition dépendra uniquement des pouvoirs de l'administrateur, indépendamment de la bonne ou mauvaise foi du cessionnaire ; c'est-à-dire sans que ce dernier puisse alléguer avoir cru en toute sincérité qu'un acte de cette nature était compris dans le mandat conféré par

1. Buchère, *loc. cit.* n° 790. De Folleville ; de la possession des titres au porteur n° 276.
2. De Folleville *loc. cit.* n° 57.

Digitized by Google

la loi. Dans le second cas au contraire, il s'agit d'un tiers sous-acquéreur, ce n'est plus qu'une question de bonne ou de mauvaise foi qui devra être prouvée dans les conditions ordinaires. Ces trois solutions, dont nous aurons à faire une application constante dans le cours de cette étude, réclament, par suite de leur importance, une plus ample justification.

95. — Notre dernière proposition ne soulève assurément aucune difficulté, il en est des sous-acquéreurs, en cette hypothèse, comme au cas où ils tiennent le titre de celui qui l'a reçu de l'incapable lui-même ; ici, comme tout à l'heure, la résolution ou l'annulation de la première vente, n'a aucun effet sur le sort des transmissions postérieures. Le doute pourrait s'élever plus facilement lorsque nous nous trouvons en présence de celui qui a traité directement avec le mandataire légal et que nous supposons de bonne foi ; dira-t-on, avec certains arrêts, que sa bonne foi est très équivoque et qu'elle ne peut être prise en considération (1) ? Cette sévérité me paraîtrait rigoureuse, surtout si l'on se reporte à l'époque fort rapprochée de nous, où la jurisprudence se montrait si large au sujet de l'aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs légaux ; et je n'oserais accuser les parties de mauvaise foi pour n'avoir pas fait de la loi une interprétation plus étroite que ne faisait la Cour de cassation elle-même. Nous n'admettrions pas non plus que l'on basât cette solution sur l'existence d'une erreur de droit, car il est de principe, en cette matière, que la bonne foi doit s'apprécier en fait et qu'il s'agit uniquement de savoir si elle existe ou n'existe pas. Mais nous croyons, au contraire, la solution indépendante de l'existence de la bonne foi et même de l'application de l'article 2279. Il s'agit, en effet, d'une question de pouvoir ou de capacité : l'acquéreur du titre a su qu'il traitait avec l'administrateur du patrimoine et que le titre négocié dépendait de ce dernier ; ceci établi, il résulte qu'on n'impose au possesseur actuel aucune justification relative au droit de propriété de son vendeur. Il n'avait à rechercher qu'une seule chose, savoir si celui-ci était ou non mandataire à l'effet de lui transmettre le titre d'autrui ; or, qu'il s'agisse de meuble ou d'immeuble, une pareille question se détermine par des règles, sinon similaires, du moins analogues, et à coup sûr fort indépendantes de l'article 2279. Dans un cas comme dans l'autre, l'acquéreur n'est devenu propriétaire que sous cette solution résolutoire, prise ou non par lui en considération, peu importe : si l'aliénation n'excède pas les pouvoirs de l'administrateur. La condition venant à s'accomplir, l'acheteur est personnellement tenu de restituer la chose au vendeur ; et, au point de vue même de l'article 2279, on peut dire ainsi qu'il se trouve rétroactivement constitué en état de posses-

1. Cf. Metz, 10 janv. 1867. D. 67, 2, 14 et la note. Sir. 67, 2, 313.

Digitized by Google

sion précaire et que son titre même, dont la validité dépendait à ses propres yeux d'une question de capacité, proteste aujourd'hui contre la prétention qu'il élève au droit de propriété. Si l'administrateur au contraire a fait passer le titre pour sien et que la bonne foi de l'acquéreur ne soit pas suspecte, nous rentrons dans la règle même de l'article 2279 et dans la formule dont nous avons donné l'expression. En pareil cas l'aliénateur du titre n'apparaissait plus comme mandataire, mais comme propriétaire ; il n'y avait plus à apprécier ses pouvoirs ou sa capacité, ce qui ne regarde plus l'article 2279 ; mais il eût fallu discuter ses droits de propriété et en contrôler l'origine, et c'est cette recherche périlleuse que l'article 2279 a pour but d'épargner à l'acquéreur de meubles.

Ainsi quand l'acheteur traite avec l'incapable, le contrat est toujours annulable qu'il ait connu ou non le vice dont il était affecté ; s'il traite avec l'administrateur, nous proposons, au contraire, une distinction ; nous admettons toujours la revendication si l'administrateur s'est présenté comme mandataire, nous ne l'admettons qu'au cas de mauvaise foi, s'il s'est présenté comme propriétaire. Peut-être serait-on en droit de nous demander la raison d'être de cette diversité de solutions, à propos de deux situations que l'on pourrait croire analogues. Car la question qui s'élève au cas de vente par l'administrateur est la même qu'au cas d'aliénation par l'incapable, c'est une question de pouvoir ou de capacité. Dès lors pourquoi, dans un cas tout au moins, faire intervenir la considération de la bonne ou mauvaise foi de l'acquéreur ? En est-il question quand il traite avec l'incapable ? Et qu'importe en quelle qualité l'administrateur s'est présenté au contrat ? Qu'il ait avoué son titre, ou qu'il ait trompé le cessionnaire, il s'agit seulement de régler les effets d'un contrat vicié dans son origine et l'article 2279, nous l'avons dit, n'a pas pour but de modifier les principes de droit commun en cette matière. Cependant, la réponse nous paraît facile : c'est qu'en effet l'incapacité ou le défaut de droit du mandataire dépend ici d'une question de propriété. Pourquoi la vente à laquelle il est intervenu n'est-elle pas valable ? Est-ce parce que personnellement il ne pouvait intervenir dans un acte de cette nature à propos d'un bien de cette espèce ? Assurément non. C'est uniquement parce que le titre qui en a été l'objet ne lui appartenait pas ; il a négocié la chose d'autrui ; or, l'article 2279 qui ne saurait dispenser de l'examen des conditions de capacité absolue en la personne avec qui l'on traite, a pour but, au contraire, de rendre ce soin inutile quand il s'agit de capacité relative subordonnée à la légitimité du droit que cette personne pourrait avoir sur le meuble objet du contrat. S'il en était autrement, tout vendeur de la chose d'autrui pourrait être taxé d'incapacité et par suite, le meuble

Digitized by Google

vendu soumis à la revendication du propriétaire, ce qui serait en principe le renversement absolu de la maxime de l'article 2279. En un mot, l'acquéreur de meubles n'est pas à l'abri des causes qui peuvent détruire ou vicier le consentement personnel de la personne avec qui il traite directement; mais il n'a à se préoccuper des rapports de droit existant entre son vendeur et le meuble aliéné, et par suite des obstacles que pourrait faire naître le droit d'un autre, que si cet autre est connu, s'il se révèle et par conséquent impose à cet acheteur lui-même l'obligation de tenir compte des droits respectifs qui peuvent exister à la fois sur ce même objet. C'est ce qui, dans notre hypothèse, a lieu seulement au cas où l'administrateur a fait connaître la provenance du titre négocié ; et telle est par conséquent la base juridique sur laquelle nous appuyons la distinction proposée (1).

96. — Nous sommes désormais en mesure d'apprécier l'étendue exacte des dangers que l'application de l'article 2279 aux titres au porteur peut faire courir au propriétaire dont le patrimoine est confié aux mains d'un administrateur. Lorsque l'un de ses titres aura été illégalement négocié et qu'il se trouvera entre les mains d'un acquéreur de bonne foi, il n'aura chance de le recouvrer contre celui-ci qu'à la condition de faire les trois preuves suivantes : preuve de l'identité du titre; preuve que le possesseur actuel est bien celui qui a traité directement avec l'administrateur ; preuve qu'en traitant avec celui-ci il a connu la provenance du titre. Et encore dans la pratique cette ressource si précaire sera-t-elle le plus souvent rendue impossible ; elle suppose que le titre a fait l'objet d'une cession directe, ce qui se présente rarement ; d'ordinaire il aura été négocié par l'intermédiaire d'un agent de change ; et, en pareil cas, le possesseur actuel n'ayant pas contracté directement avec l'administrateur sera toujours protégé par l'article 2279. Le propriétaire dépossédé n'aurait qu'un recours contre l'agent de change, et dans le cas seulement où il l'aurait eu contre le cessionnaire lui-même. Il est bien entendu d'ailleurs que jamais la responsabilité des compagnies débitrices ne saurait être engagée de ce chef et que l'on ne pourrait bénéficier ici du système d'oppositions consacré par la loi du 5 juillet 1872.

C'est seulement au cas où les titres ont été perdus ou volés, que le propriétaire dépossédé peut s'opposer à ce que les compagnies payent au porteur

1. Cette distinction a été appliquée en fait par l'arrêt de Metz 1867, cité plus haut Mais elle n'est pas suffisamment précisée en droit et semble dans cet arrêt être uniquement fondée sur le caractère plus ou moins vraisemblable et admissible de la bonne foi de l'acheteur, ce qui, à notre avis est inexact. cf. Audier, titres au porteur. V. *Rev. pratique ann.* 1882.

Digitized by Google

du titre quel qu'il soit ; or, notre loi pénale ne nous permet pas de ranger dans cette catégorie les titres détournés ou négociés par un administrateur infidèle ou peut-être simplement imprudent. En pareils cas, les compagnies répondraient avec raison qu'elles sont astreintes à payer au titre seulement (1), et qu'elles n'ont pas à vérifier les droits du porteur qui se présentent ; que d'ailleurs le motif sur lequel l'opposition serait fondée, ne prouverait en rien que le droit ne se fût pas déplacé régulièrement avec le titre lui-même et que le tiers possesseur n'en fût pas devenu, en vertu de l'article 2279, le légitime propriétaire, puisque les exceptions à la règle comprise dans cet article ne sauraient recevoir ici leur aplication.

On ne pourrait même, comme on faisait avant la loi de 1872 pour les titres perdus ou volés, fonder leur responsabilité sur le principe de l'article 1382 (1) ; on aurait beau prétendre à cet effet qu'il y a eu entre l'administrateur et l'acheteur collusion qui constitue celui-ci en état de mauvaise foi et le soustrait au bénéfice de l'article 2279, les compagnies rejetteraient avec raison toute prétention de ce genre, puisque cette allégation, fût-elle certaine, il n'en résulte pas moins que le titre a pu passer en d'autres mains et être actuellement en la possession d'un sous acquéreur de bonne foi, susceptible de bénéficier de la protection de l'article 2279, et à qui elles ne peuvent refuser le paiement. De telles oppositions n'avaient de valeur qu'au cas seulement où celui qui les faisait était en droit de prétendre que nul autre que lui ne pouvait se dire propriétaire du titre : or ce droit n'existait que pour les deux cas exceptionnels où pendant trois ans la revendication était admise. Ainsi jamais de recours contre les compagnies, fort rarement contre les agents de change, plus rarement encore droit de revendication contre le possesseur actuel, telle est donc la situation faite au propriétaire du titre illégalement négocié ?

97. — Depuis longtemps toutefois la pratique avait imaginé un expédient sommaire et matériel pour parer aux dangers que pouvait courir en certains cas le propriétaire des titres au porteur. Puisque l'opposition venait trop tard après la négociation illégale, on songea dès lors à une mesure préventive susceptible d'éveiller les soupçons des tiers et ceux des compagnies. L'honneur de cette invention revient aux officiers ministériels chargés des inventaires. Comme tout inventaire suppose une restitution à opérer dans l'avenir, les notaires pour assurer la conservation des titres inventoriés avaient cru devoir les marquer d'un signe ou d'une mention qui en fixât l'individualité.

1. Cf. Paris, 23 juil. 1836, Sir. 37, 2, 103.

1. Paris 27 déc. 1854. 13 mai 1865. Cf. Buchère, n° 868, de Folleville, n°s 396, 397, et appendice p. 881. Le rapport de M. Bonjean au Sénat : séance du 2 juill. 1882.

Digitized by Google

Cela se présentait surtout à l'ouverture des successions, soit pour les titres échus au mineur, soit pour ceux appartenant aux femmes mariées sous le régime dotal. Indépendamment des officiers ministériels, les propriétaires eux-mêmes inscrivirent parfois sur les titres des mentions de cette espèce ; témoin celle qui suit et qui a été citée par M. le conseiller Merville dans son rapport sur le pourvoi interjeté contre un arrêt du 14 novembre 1879. Il s'agissait de titres appartenant à un officier qui, à son départ pour l'armée, avait écrit sur chacun d'eux : Ces titres m'appartiennent. Je pars pour l'armée d'Italie. Je ne sais ce que je deviendrai. J'entends qu'on n'en puisse disposer sans le consentement de moi ou de mes héritiers. — Cette pratique faisait naître deux questions : 1° Les notaires ont-ils le droit de coter ou parapher les titres inventoriés ; et 2° lorsqu'il existe des cotes ou mentions de ce genre, quel peut-être leur effet à l'égard des tiers et à l'égard des compagnies débitrices?

98. — La première question, malgré un article du Code de procédure qui paraît formel, parvint assez promptement à fixer la jurisprudence. L'article 943, § 6, Cod. proc. ordonne bien que les papiers inventoriés soient cotés et paraphés de la main des notaires. Mais la jurisprudence, usant vis à vis de ces termes généraux de ce mode d'interprétation large qui doit servir de guide en pareille matière, décida que les titres au porteur ne pouvaient être compris parmi les papiers dont parle l'article 943. On ne pourrait tolérer que sans la volonté des véritables ayants-droit, souvent au préjudice de leurs intérêts futurs, les notaires pussent se croire dans l'obligation de stigmatiser ainsi les titres inventoriés par eux et de leur enlever, à l'insu du propriétaire lui-même, l'avantage spécial que celui-ci avait eu certainement en vue, ce qui forme en un mot leur élément essentiel et caractéristique, la facilité de transmission. Cet abus de précaution était fertile en difficultés pour l'avenir ; car, une fois disparu l'état transitoire qui avait motivé cette garantie un peu brutale, le propriétaire désireux de rendre à son titre le droit de laisser passer, qui lui avait été enlevé, se trouvait souvent fort embarrassé pour faire disparaître la mention suspecte. Quelle valeur pourront avoir ses ratures et comment assurer les tiers qu'elles émanent du véritable propriétaire ? A bout d'expédients ce dernier en arrivait parfois à lacérer les titres pour faire disparaître le paraphe imprudent qui les immobilisait, à déchirer même l'endroit maculé ; et il ne faisait ainsi par ces lacérations nouvelles qu'augmenter les défiances des tiers à qui l'on offrait le titre ainsi dénaturé. Aussi fut-on bientôt d'accord pour juger que les notaires en agissant ainsi excédaient leurs pouvoirs et exagéraient la portée de l'article 943 du Code de procédure (1).

1. Paris, 19 mai et 15 août 1857, 25 janv. 1859. Cassat. 15 avril 1861. Debeleyme *Réf.*

Digitized by Google

99. — En dehors des notaires, le propriétaire lui-même, en prévision d'une absence, ou la femme dotale au moment de son contrat, peuvent avoir inscrit sur les titres leur appartenant une mention du genre de celle que nous avons citée : Ces titres m'appartiennent, à moi.., et la signature. — Quel sera l'effet d'une semblable attestation ? Et en particulier les Compagnies pourront-elles refuser le paiement au porteur d'un titre ainsi noté ? La question s'est présentée en ces termes devant deux cours différentes et a été résolue en deux sens absolument opposés. La Cour de Lyon fut pour le refus de paiement ; celle de Paris (1) jugea que la Compagnie débitrice n'avait pas à tenir compte des mentions portées au titre. Les deux arrêts furent déférés à la Cour de Cassation. Et la question fut tranchée le même jour dans le sens de l'arrêt rendu par la Cour de Paris (2). — Les défenseurs de l'arrêt de la Cour de Lyon comme les partisans du pourvoi interjeté contre celui de la Cour de Paris se fondaient principalement sur le droit absolu du propriétaire (art. 544). C'est en effet dans son intérêt exclusif que ce dernier avait choisi la forme au porteur ; il avait sacrifié la sécurité des titres aux avantages d'une transmission facile ; en revanche, sans doute, les pertes sont à craindre ; or, le jour où cet inconvénient l'emportera dans son esprit sur les avantages qu'il avait entrevus, n'est-il pas libre de renoncer à ceux-ci en immobilisant à son gré le titre dont il craint la disparition ? Il pourrait sans doute recourir à la conversion. Mais cette formalité est lente et coûteuse ; s'il prévoit une absence, il peut envisager aussi pour le retour la nécessité d'une seconde conversion en sens inverse ; et ne voulant pas s'astreindre à cette double formalité, il a pu juger suffisante la mention qu'il appose. Celle-ci sera loin sans doute d'avoir le même effet ; elle ne peut qu'éveiller les soupçons, en droit elle ne saurait apporter d'entrave à la négociation du titre. Mais qu'importe, s'il s'en contente ? On ne peut lui reprocher d'ailleurs d'avoir voulu ainsi se dispenser des formalités légales que nécessite la conversion. Les défenseurs de cette opinion n'attribuaient d'ailleurs à ces indications d'autre valeur que celle d'ébranler la présomption qui résulte de l'article 2279. Celle-ci en effet n'est pas absolue : et la loi de 1872 est venue donner raison à ceux qui prétendaient à l'encontre des compagnies que le droit ne saurait se confondre avec la possession du titre. Elle nous apprend que toute cession de titres, même en faveur d'un acquéreur de bonne foi, n'assure pas à celui-ci les avantages d'une inébranlable possession ; elle nous montre que les compagnies sont parfois obligées de refuser

rés, tom. II, p. 289. Buchère n° 770, et suiv.. De Folleville *loc. cit.* Appendice relatif aux femmes dotales.

1. Paris, 14 novembre 1879.

2. Cass. 31 mai 1881.

Digitized by Google

de payer au titre et astreintes en sens contraire à continuer au titulaire dépossédé le service des dividendes : le droit subsiste indépendant du titre. L'opposiiton vient ainsi se dresser en face de la présomption de l'article 2279 comme un élément de preuve suffisant pour la détruire et la remplacer par une présomption opposée. Désormais le papier pourra circuler inutile et dépourvu des droits qu'il avait mission de représenter ; celui-ci s'en est détaché et subsiste intransmissible en la personne de celui qui a fait reconnaître la légitimité de son opposition. Mais si au lieu d'une défense de paiement faite entre les mains des compagnies après la disparition du titre, il s'agit d'une mention émanant du propriétaire et portant défense de payer à d'autres qu'à lui seul, n'est-il pas évident que la présomption de l'article 2279 se trouve également atteinte dans un cas comme dans l'autre ? L'opposition de la loi de 1872 est un remède pour le passé, la mention sur le titre est une garantie contre les dangers futurs : elle est l'opposition de l'avenir. Si par suite la compagnie se trouve engagée vis-à-vis le propriétaire, elle peut refuser de reconnaître le titre devenu suspect, puisque sinon elle s'exposerait à payer deux fois. Enfin on tenait à faire remarquer, et cela non sans utilité, que le titre ne se trouvait pas par là dénaturé, et que l'atteinte portée à sa transmissibilité existait en fait plutôt qu'en droit.

Le titre avarié, disait-on, n'est pas un titre devenu inaliénable, c'est simplement un titre suspect. Les cessionnaires sont mis en garde contre la fraude et leur bonne foi se trouve engagée ; les compagnies sont par là même averties ; et celui qui se présente doit prouver désormais que la mention est anuulée ou qu'il est lui-même le propriétaire qu'elle indique ; mais à part ce renversement en matière de preuve et les soupçons qu'elle éveille contre les tiers qui se sont prêtés à l'aliénation, une mention de ce genre ne s'oppose en rien à la transmission (1).

100. — A ces objections graves en elles-mêmes, on opposa avec raison un principe en lui même indiscutable et dont l'article 544 peut fournir la formule : La propriété dans sa constitution, disait M. l'avocat général, est au-dessus du législateur ; dans son objet, elle rentre sous la dépendance de la loi ; en ce sens qu'elle ne peut s'exercer, en tant qu'il s'agit de choses ayant de par la loi une valeur spéciale et conventionnelle, que dans les limites et suivant les formes tracées par les réglements. Le propriétaire ne peut donc pas aller jusqu'à créer des droits ou des formes représentatives de droit que la loi ne reconnaît pas. Or pour les valeurs mobilières elle n'admet que deux sortes de titres négociables, le titre nominatif, et le titre au

1. Ordon. de référé de Versailles, 12 mars 1858. Appel près la Cour de Paris, 25 janvier 1859 et Cassat. 15 avril 1861. D. 61. I. p. 231.

Digitized by Google

porteur (art. 35, C. Com.). Ce dernier offre des dangers, la loi aurait pu le proscrire ; si elle ne l'a pas fait, c'est en vue de la fonction essentielle qu'il est appelé à remplir et qu'on ne peut lui enlever en dehors des prescriptions légales. Il répond à un intérêt supérieur, une nécessité commerciale de premier ordre, il faut qu'il circule sans passe-port, sans avoir de compte à rendre, sans qu'il puisse exiger de justifications à faire, sans exciter la moindre défiance.

En dehors de ces deux formes, il n'en est pas d'autres à qui l'on puisse attacher arbitrairement aucune valeur juridique. Or, le titre ainsi maculé n'est assurément pas devenu nominatif, et il n'est plus un titre au porteur. Le titre au porteur est impersonnel, le titre noté révèle un nom. Créé pour la circulation, il se trouve désormais immobilisé ; armé d'une présomption qui le soustrait à toute investigation périlleuse, à toute défiance susceptible d'entraver sa marche, il a été stigmatisé d'un signe qui le rend suspect au premier chef, qui, au lieu du crédit dont il devait être entouré, soulève contre lui une présomption de fraude, suffisant à elle seule pour lui ravir tous les avantages de sa forme originaire, sans lui donner la sécurité et les garanties de la forme nominative. Ce défaut de crédit ne l'atteint pas seulement en la main des tiers, mais il le frappe au préjudice même du propriétaire, victime de son excès de prévoyance, et de tous ses héritiers ; quand ceux-ci, quand lui-même se présenteront pour recevoir le paiement, la preuve nouvelle qu'ils voulaient imposer aux tiers sera exigée d'eux tout aussi bien ; et l'on peut imaginer facilement les difficultés qui l'entoureront, s'il s'agit des héritiers ou légataires de l'ancien titulaire du titre. Les intéressés voudront-ils au contraire rendre le titre à la circulation, nous avons vu quels embarras vont surgir, et souvent quelle aggravation nouvelle des causes de suspicion que le titre fait naître ! Ainsi le propriétaire, en vertu de son droit absolu, aurait pu créer une forme représentative spéciale, d'une négociation plus difficile même que la forme nominative, arrivant en fait à paralyser le titre entre ses mains, à l'insu de la compagnie débitrice, à son propre préjudice, ce qui le regarde il est vrai, mais à celui également de ses héritiers et au détriment de tous les cessionnaires et détenteurs à venir ! Le but économique auquel la loi a voulu répondre n'est plus atteint. D'ailleurs, en fait de substitution d'une forme à une autre, le propriétaire n'est pas le seul intéressé. La compagnie, au cas qui nous occupe, s'est engagée à créer des titres au porteur ; c'est-à-dire à payer au simple détenteur sans avoir le droit de lui dénier sa qualité, sans que celui-ci ait aucun compte à rendre. Le propriétaire d'occasion, transitoire, passager, d'un titre de ce genre ne peut, sans l'avoir régulièrement avertie, comme cela a lieu pour la conversion, changer la nature des obligations auxquelles elle est soumise. Élèverait-

Digitized by Google

il de son plein gré les plus fortes présomptions de défiance, elles ne sauraient prévaloir contre l'engagement des compagnies ; et le porteur serait toujours en droit de leur dire qu'elles n'ont aucune preuve à exiger de lui. Leur obligation est restée la même tant qu'elle ne s'est pas individualisée au profit d'un titulaire définitif ; les prétentions révélées sur le titre ne regardent que celui qui en est l'auteur et le possesseur actuel qui a pu ne pas les prendre en considération ; elles pourront servir à déterminer la responsabilité de celui-ci, elles ne sauraient engager celle de la compagnie ; cette dernière n'a pas à la vue d'un titre suspect à prendre les intérêts d'un propriétaire qu'elle ne connaît pas, qu'elle ne doit pas connaître, et à se charger de garantir ses droits au mépris des réglements qui la régissent.

Il est un seul cas où cette obligation pourrait lui incomber, c'est lorsqu'il est légalement certain que le porteur, quel qu'il soit, ne peut pas être le véritable ayant droit ; ceci ne se présente que pour les titres perdus ou volés et nous pouvons ainsi détruire l'analogie que l'on prétendait faire entre la mention préventive et l'opposition de la loi de 1872. Cette dernière intervient lorsque toute cession est devenue incapable de procurer un droit valable et qu'il y a lieu d'intercepter le titre négocié ; en pareil cas la présomption de l'article 2279 tombe devant l'exception que la loi elle-même apporte à la règle. La mention préventive tendrait à renverser d'avance cette présomption, en prévision non-seulement d'une des hypothèses susceptibles de rentrer dans les deux cas exceptionnels prévus par l'article 2279, mais de toute transmission future, de toute négociation quelconque, alors même qu'elle dut s'accomplir, en principe, dans toutes les conditions de fermeté et validité qui d'après la loi doivent mettre les tiers et les compagnies à l'abri de tout recours possible de la part du propriétaire; de pareilles prétention deviennent inadmissibles. Ainsi donc, à l'égard des compagnies tout au moins, toute mention de ce genre doit être considérée comme inexistante et ne saurait pas plus engager leur responsabilité en vertu de l'article 1382, qu'elle ne pourrait renverser à leur égard la présomption de l'article 2279, par analogie de la loi de 1872 (1).

101. — Pour ce qui est des tiers possesseurs du titre, il faut également reconnaître en droit que ce dernier principe conserve toute son énergie, à leur égard, en ce sens que la mention inscrite sur les titres qu'ils détiennent ne saurait mettre à leur charge la preuve des conditions qui sont essentielles pour ériger leur possession en véritable et légitime propriété ; ce sera au réclamant à démontrer soit qu'ils ont été acquéreurs de mauvaise foi, soit

1. Cass. 30 mai 1881. Sir. 82. 1. p. 65 et la note. Cf. Journal des valeurs mobilières. Janvier 1882. N° 1.

Digitized by Google

qu'ils ne sont que détenteurs précaires, à titre de mandat ou de dépôt. Et nous pensons qu'il en serait encore ainsi lors même que la mention émanerait non plus du propriétaire actuellement dépossédé, mais du porteur actuel et constituerait de sa part une sorte de reconnaissance du droit d'autrui. C'est ce qui a été jugé par la cour de Paris dans une espèce où des héritiers avaient trouvé dans la succession du défunt des titres portant inscrit de la main de ce dernier le nom d'un ami avec la mention qu'ils appartenaient à celui-ci (1). On pouvait prétendre en pareil cas que les rôles étaient intervertis; qu'une mention de ce genre constituait de la part du possesseur lui-même une sorte d'aveu ayant eu pour effet de changer la possession du défunt en possession précaire, et que par suite les conditions de l'article 2279 ne se trouvaient plus remplies. La cour pensa que cette circonstance elle-même pouvait avoir en fait, comme nous le reconnaîtrons bientôt, une influence considérable, qu'en droit et dans la rigueur des principes elle laissait intacte l'application de l'article 2279. Toute mention sur les titres est donc à elle seule insuffisante, non seulement pour faire preuve du fait qu'elle énonce, mais pour constituer une interversion de possession qui ne ressortirait pas d'un fait juridique antérieur et suffisamment démontré : elle ne saurait changer les conditions même de la possession du détenteur actuel, parce que s'il en était autrement, elle enlèverait au titre son caractère impersonnel et en ferait une forme représentative non reconnue par la loi. Si l'on prétend qu'il s'agit encore d'un titre au porteur, il faut l'accepter tel qu'il est, comme l'on ferait d'une monnaie sur laquelle il n'est aucun signe ou marque particulière qui puisse être capable de servir de base à une réclamation quelconque.

102. — Tels sont les principes en droit ; ils reviennent à dire que, malgré la mention d'un nom quelconque inscrite sur le titre, fut-ce même de la main du possesseur actuel, celui-ci doit encore être tenu pour propriétaire, tant que le réclamant n'a fait la preuve de la mauvaise foi de celui-ci ou de la précarité qui entache sa possession. Est-ce à dire en fait qu'une mention de ce genre ne saurait avoir d'influence? Evidemment non. Dénuée de valeur juridique, elle n'en est pas moins un fait qu'il est impossible de tenir pour non avenu et que le réclamant chargé de la preuve peut invoquer à l'appui de sa prétention. S'agit-il de la mention sur laquelle la cour de Paris avait à statuer en 1867? La personne désignée comme propriétaire du titre a pu se servir de cet aveu écrit du détenteur pour prouver que celui-ci n'était que dépositaire du titre; on lui reconnut même le droit de se fonder sur cette reconnaissance émanant de l'adversaire, pour apporter à l'appui de sa cause

1. Paris 26 janv. 1867. Sir. 67. 2. 321 et la note.

Digitized by Google

toutes inductions admissibles seulement à la suite d'un commencement de preuve par écrit (art. 1341 et suiv.) (1). S'agit-il au contraire de la mention émanant d'un précédent possesseur ? celui-ci peut s'en servir pour établir la mauvaise foi de l'acquéreur qui n'a pas craint de concourir à la négociation du titre suspect et par suite faire admettre contre lui son action en revendication.

103. — La solution que nous venons d'adopter sur cette grave question avec la jurisprudence la plus récente, nous montre combien dangereuse est pour l'incapable, la femme dotale, ou toute autre personne non investie de l'administration de son propre patrimoine, l'existence dans ce dernier de titres au porteur, même portant le signalement de leur propriétaire. L'administrateur peut les vendre, on sait qu'en général les acquéreurs n'auront à craindre aucun recours subséquent ; il peut même s'il les garde et les possède comme siens, en dénier plus tard, lors de la restitution du patrimoine, la propriété à celui pour le compte duquel il les détient ; à moins de circonstances de fait, d'ailleurs faciles à démontrer, qui puissent rendre sa possession équivoque (2), il pourra encore se retrancher derrière l'abri de l'article 2279 et forcer le propriétaire à faire la preuve que les titres litigieux faisaient réellement partie du patrimoine restitué.

Dans un cas comme dans l'autre, les mentions portées au titre pourront être invoquées comme éléments de preuve ; en droit elles ne changeront pas le rôle des parties. Enfin ces mentions elles-mêmes, si restreinte que puisse être leur utilité, n'apporteront plus aujourd'hui qu'un secours très rare au propriétaire dont le patrimoine est remis à la gestion d'autrui, puisque les notaires ont désormais renoncé à une pratique universellement condamnée par les tribunaux. Toutefois il reste une ressource dernière qui leur est permise et même imposée, en remplacement des mesures édictées par l'article 943 (Cod. proc.) pour les autres papiers compris en l'inventaire, c'est le dépôt en banque. Ils doivent alors coter et parapher le récépissé qui leur est remis, et cette formalité suffit pour la garantie du propriétaire sans que le titre ait perdu aucune de ses propriétés essentielles. Le propriétaire lui-même qui en prévision d'une absence, ou pour toute autre cause, veut s'assurer la conservation de ses titres peut toujours facilement recourir à une mesure semblable (3).

104. — Nous savons maintenant quelle est la nature économique et juridique des valeurs mobilières ; nous avons tiré des traditions de l'ancien

1. Cf. l'arrêt de 1867 cité à la note précédente.

2. Consulter par analogie l'arrêt de la Cour de Toulouse du 10 mars 1881, D. 82, 1, 433.

3. Cf. Bertin, Référé T. 2, n° 679.

Digitized by Google

droit à leur égard des inductions suffisamment précises pour déterminer leur régime dans le Code civil et la méthode d'interprétation qui doit être adoptée à l'égard des textes susceptibles de leur être applicables ; nous avons vu quelles formes diverses elles peuvent revêtir et quelle influence ces dernières peuvent avoir sur le résultat de leur négociation, quels dangers enfin elles peuvent constituer pour le propriétaire dont le patrimoine est confié à l'administration d'autrui. Les principes que nous avons émis et les solutions générales que nous en avons tirées recevront leur application particulière, et nous serviront même de ligne directrice, dans tout le cours de cette étude.

Digitized by Google

CHAPITRE II

DE L'ALIÉNATION DES VALEURS MOBILIÈRES PAR LE MANDATAIRE CONVENTIONNEL MUNI D'UN POUVOIR GÉNÉRAL D'ADMINISTRATION.

SECTION Ire.

NOTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION.

105. — Nous avons jusqu'alors étudié le premier terme de notre question, ce qu'il faut entendre par valeurs mobilières. Nous devons dans cette section analyser le second et nous rendre compte du sens juridique et de la portée exacte de ce que l'on appelle en droit l'administration. C'est, en effet, à propos de l'administrateur conventionnel que nous allons rencontrer le texte fondamental qui sert de base à la distinction doctrinale entre les actes d'administration et ceux de disposition. De plus, il convient, avant de nous occuper des mandataires légaux, d'étudier les pouvoirs de l'administrateur conventionnel. Le premier cas suppose une nécessité reconnue par la loi, et l'obligation de faire face à une situation qui s'impose, de prendre pour le propriétaire incapable ou empêché des mesures de précautions et de garanties auxquelles il ne peut pourvoir lui-même. De telles circonstances impliquent par suite une certaine défiance contre celui qui à l'insu du propriétaire a été placé à la tête de son patrimoine. Il est donc naturel de prévoir tout d'abord le cas où cette situation, au lieu d'être anormale et exceptionnelle, a été voulue par le propriétaire lui-même ; le cas où ce dernier, de son plein gré, s'est substitué un gérant, un administrateur.

106. — Les pouvoirs de cet administrateur dépendent uniquement des termes de la procuration dont il est investi. Si donc ils se trouvent expressément déterminés, le doute n'existe pas et notre question ne peut pas naître. Nous devons donc supposer le cas où la procuration laisse le plus de place possible à l'interprétation : ce cas est celui du mandat général. Un propriétaire, en prévision d'une absence ou par suite d'un empêchement qui lui rend difficile le soin de ses propres affaires, charge un tiers d'administrer son patrimoine ; ou même, sans employer une expression qui puisse avoir un sens techcnique spécial, le met à la tête de ses affaires en lui donnant

Digitized by Google

mission de les gérer. Cette situation qui peut se rencontrer assez souvent dans la pratique avait fait l'objet d'une controverse très-vive entre les interprètes du droit romain. Le plus grand nombre prétendaient qu'il fallait distinguer deux sortes de mandats généraux ; l'un conçu dans les termes les plus larges et spécialement caractérisé par l'indication des mots *cum libera administratione*, lequel eût donné même le pouvoir d'aliéner ; l'autre qui, dépourvu de cette amplification sacramentelle, eût été le simple mandat d'administrer le patrimoine d'autrui et qui n'eût compris que les actes d'administration (1). Vinnius consacra une dissertation spéciale à réfuter cette théorie ; Pothier avoua son indécision, et, exposant les termes du débat, laissa le lecteur juge de la conclusion (2). Les auteurs du Code, effrayés sans doute de ces difficultés d'interprétation, ne reconnurent qu'une seule espèce de mandat général quels que soient les termes qui le constituent. Il suffit toutefois que les pouvoirs soient donnés, d'une manière assez large pour comprendre tous les actes de gestion nécessaires et assez vague cependant pour ne spécifier aucun acte d'aliénation proprement dite. Mais une nouvelle question d'interprétation s'est élevée de la comparaison entre l'article 1987 et l'article 1988 ; le premier pose la distinction entre le mandat spécial et le mandat général ; le second indique les effets du mandat général et ne semble plus se conformer à la terminologie de l'article précédent, il parle de mandat conçu en termes généraux. Y aurait-il donc un mandat général et un mandat conçu en termes généraux ? MM. Aubry et Rau et Laurent (3), le pensent ainsi. Le premier serait simplement celui qui comprend toutes les affaires du mandant, la généralité porterait ici sur les biens compris dans le mandat. Le second serait celui qui, sans avoir égard à la fraction du patrimoine soumise aux pouvoirs du mandataire, comprendrait l'ensemble des actes d'administration. La généralité se réfère ici à l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire. De telle sorte qu'un mandat général, quant aux biens, peut être spécial quant aux actes qu'il comprend ; et réciproquement un mandat qui n'embrasse qu'une partie du patrimoine, peut, relativement au biens sur lesquels il porte, conférer au mandataire la généralité des pouvoirs d'administration. Cette conclusion en soi est fort exacte ; mais ce qui serait faux, à notre avis, ce serait d'attacher aux expressions du Code une signification sacramentelle, et de croire que suivant le terme employé l'on doive étendre la généralité aux biens seulement ou aux actes permis au mandataire. Ce serait ainsi retomber dans une difficulté d'interprétation plus grande peut-être que l'ancienne, et ménager des

1. Cf. L. 58 et 63 *de procurat.* Instit. § 42 *de rer. divis.*
2. Vinnius. Select. Quest. 1, 9. Huberus. Inst. de mandat. Pothier, du mandat, 144.
3. Aubry et Rau, Laurent, t. 4, § 412, tome 27, n° 408 et suiv.

Digitized by Google

surprises déloyales à ceux des rédacteurs de procuration qui seraient peu familiers avec les termes techniques. Il n'y a du reste aucun intérêt pratique à distinguer en droit le mandat qui se réfère à l'ensemble ou seulement à une partie du patrimoine. Plaçons-nous donc en présence du mandat général auquel s'applique incontestablement l'article 1988 et étudions-en les effets (1).

107. — « *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.* » C'est dans ces termes que l'article 1988 pose la distinction fondamentale que nous avons déjà annoncée. Elle n'est donc pas seulement une découverte de la doctrine, elle constitue bien une théorie législative. C'est là un système qui a reçu l'estampille légale et qui domine à la façon d'un principe toute l'administration du patrimoine d'autrui. Une telle administration reste ce que son nom l'indique; elle ne va pas jusqu'à comprendre les actes de propriété. Reconnaissons d'abord que cette distinction, si vague qu'elle puisse nous paraître quand nous voudrons en délimiter la portée, répond au fond à une idée essentielle qu'il serait injuste de méconnaître.

108. — Un patrimoine n'est pas seulement un ensemble de droits pécuniaires dont chacun puisse se ramener à une commune mesure et le tout à une valeur abstraite représentée par un chiffre numérique; si bien que l'idéal d'une bonne gestion puisse être seulement de conserver à sa hauteur et même d'augmenter, s'il est possible, cette valeur théorique. Ce peut être à un certain sens le point de vue économique, tel n'est pas le point de vue juridique, et tout autre surtout est la réalité des faits. Un patrimoine est avant tout un ensemble de droits dont chacun a sa physionomie propre et ses avantages essentiellement distincts, avantages qui varient suivant les individus auxquels ils sont destinés et les conditions où se trouve placé le propriétaire du patrimoine. Tel bien qui serait un embarras pour le rentier devient une source de revenus pour le commerçant; tel autre qui reste improductif dans certains milieux, deviendra ailleurs un élément de richesse féconde; certains objets, outre leur valeur pécuniaire, peuvent avoir un prix conventionnel d'affection ou de convenance; certains peuvent répondre à des espérances d'avenir que nul ne peut deviner, d'autres même à des préjugés résultant d'appréciations toutes personnelles. Indépendamment de ces valeurs extrinsèques et toutes relatives, chaque objet ne saurait comporter, à l'égard des chances que lui réserve l'avenir, des éléments d'appréciation certains; les prévisions en cette matière varient avec chacun; la

1. Cf. Troplong. Mandat, n° 277.

Digitized by Google

conservation de tel ou tel bien peut être une affaire de spéculation dont le propriétaire seul est juge. Ainsi le pátrimoine n'est pas une masse abstraite; sa composition concrète a une telle importance, même aux yeux de la loi, que notre régime successoral a voulu non-seulement atteindre à l'égalité en valeur entre héritiers copartageants, mais assurer même l'identité en nature des lots qui doivent leur être attribués (art 832). C'est donc un petit monde à la physionomie originale et variée, dont chacun tire parti selon ses aptitudes et ses convenances; on peut en changer l'harmonie et la composition sans en abaisser la valeur réelle, ce qui cependant ne saurait empêcher toute transformation de cette espèce d'être pour le propriétaire une cause de trouble pour le présent et peut-être de préjudice pour l'avenir.

109. — Si l'on se place à ce point de vue, qui est le vrai, on comprendra deux catégories d'actes de gestion ; les uns qui n'auront d'autre but que de conserver, améliorer et faire fructifier les droits compris dans le patrimoine, les autres qui auront pour effet d'en changer la nature, d'en modifier la constitution, de substituer à tel bien pris individuellement tel autre acquis en échange. Les premiers comprennent la conservation, l'amélioration et le rendement; les seconds vont jusqu'à la transformation, c'est-à-dire l'aliénation, la substitution d'un droit à un autre : ce sont des actes de propriété. En les accomplissant on fait acte de maître, parce que l'on dispose du droit auquel ils s'appliquent. Le résultat final de l'opération a pu être avantageux, l'échange utile et rentrer dans ce qu'on appelle, dans un sens large, un acte de bonne administration ; il ne s'en suit pas moins que le droit primitif tel qu'il existait a disparu ; l'intérêt qu'il peut y avoir à cette substitution d'un bien à un autre sera le plus souvent affaire d'appréciation individuelle et dès lors un choix de cette nature correspond à un pouvoir de disposition souveraine.

Les premiers, les actes d'administration, ne sont pas sujets à une grande diversité d'appréciation. Quand il s'agit de conserver un droit existant, de lui faire rendre tout ce qu'il peut produire, les mesures à prendre s'imposent en quelque sorte et dépendent très peu des vues particulières du propriétaire. Il y a donc peu de danger d'en confier l'initiative à un tiers, pourvu qu'il soit intelligent et honnête. Il en est tout autrement des actes de disposition. Souvent leur utilité dépend de circonstances toute relatives à celui au profit de qui doit se réaliser le résultat de l'opération, de ses projets futurs, de ses prévisions particulières. L'homme le plus habile du monde peut différer de vues avec lui, ne pas entrer dans ses combinaisons, ignorer les raisons secrètes qu'il peut avoir pour conserver tel ou tel droit peut-être improductif ou peu avantageux. Ainsi, quelles que soient les garanties qu'il présente, rien ne peut assurer que les actes de disposition qu'il pourrait faire puissent tou-

Digitized by Google

jours constituer une bonne affaire pour le véritable intéressé ; il est donc invraisemblable que celui-ci, à moins de déclaration expresse, ait entendu lui confier un pouvoir si compromettant pour ses propres intérêts. Telle est l'idée générale qui seule peut rendre compte de la distinction faite par l'article 1988 et de son application aux pouvoirs des administrateurs pour autrui.

110. — La difficulré commence lorsqu'il s'agit de descendre dans les détails et de classer dans l'une ou l'autre catégorie chacun des actes dont est susceptible la gestion d'un patrimoine. Il en est certains qui assurément ne soulèvent aucun doute ; aliéner un immeuble, l'hypothéquer, faire un acte à titre gratuit quelconque, sont à coup sûr pour tout le monde des actes de disposition par excellence. De même que réparer un mur qui tombe en ruines, interrompre une prescription, sont, sans hésitation possible, des actes d'administration. Mais il en est d'autres d'une nature mixte qui flottent indécis entre les deux catégories et laissent l'interprète plus indécis encore. Si l'on devait s'en tenir à la notion rigoureuse de l'aliénation, telle que l'envisageait le droit romain au point de vue du pupille, nous devrions refuser aux administrateurs le paiement des dettes, puisqu'il implique que l'on dispose des deniers, et de même l'acquit des créances puisque par là le droit du créancier s'évanouit. Et pourtant nul n'a jamais douté que ces actes ne fussent au contraire les plus essentiels de ceux pour lesquels l'administrateur a reçu pouvoir et mandat. De tels actes rentrent dans l'essence même du droit de créance, et ce ne serait plus gérer le droit dont on a la responsabilité que de se refuser à ce qui n'est en somme que le développement naturel qu'il doit atteindre. En un mot l'aliénation n'est pas prise ici au sens juridique rigoureux et ne signifie pas toute transmission quelconque de droit d'un patrimoine à un autre. Certaines aliénations nécessaires, en prenant ce mot dans cette dernière acception, seront donc comprises dans les pouvoirs d'administration et certains actes au contraire qui par eux-mêmes ne sauraient impliquer aucune transmission de droit s'en trouveront exclus. La ligne de démarcation est flottante ; nous pouvons même observer, qu'elle se déplace et que le Code semble lui avoir assigné un minimum, un maximum, en reconnaissant en quelque sorte trois types d'administration graduée.

111. — Le premier semblerait écarter non seulement tout acte qui consiste à transmettre ou transformer le bien auquel il se réfère, mais tout acte qui, bien que n'ayant trait qu'à son rendement, est susceptible de le compromettre d'une façon grave. L'intention de la loi paraît être que celui à qui est donnée une telle administration, ne puisse agir qu'à coup sûr. Tel est par exemple le mineur émancipé ; le Code caractérise les pouvoirs restreints qu'il lui confère du nom de *pure administration*. Dès lors on lui retire l'emploi

Digitized by Google

des capitaux, parce que, bien qu'un tel placement soit nécessaire pour les faire fructifier, il exige un discernement très habile et expose aux choix les plus funestes. Sous aucun prétexte les emprunts ne lui sont permis, et même les achats qu'il fait peuvent être attaqués et réduits (art. 484-482-483-485). A l'opposé de cette administration étroite et sévère, la loi en oppose une autre qu'elle qualifie de *libre administration* et à laquelle elle attache, quant au mobilier, de véritables pouvoirs de disposition. C'est celle qu'elle accorde à la femme séparée de biens; la loi veut la soustraire ainsi dans une large mesure à la surveillance et au droit d'autorisation du mari (art. 1449). Sans doute le vague et la généralité de cette disposition ouvrent aux interprètes un vaste champ de discussion ; la plupart argumentent encore ici du terme même d'administration pour prétendre enlever à la femme séparée le droit absolu qui lui est conféré par une disposition spéciale que rien ne vient restreindre. Il semble, au contraire, que pour qualifier et définir cette administration nouvelle, le code n'envisage plus chacun des biens pris isolément, mais la valeur abstraite du patrimoine pris dans son ensemble ; et que dès lors le divisant en deux parts, il mette d'un côté les immeubles comme peu susceptibles de dépréciation subite, et dont l'aliénation reste malgré tout l'acte de propriété suprême ; et de l'autre tous les biens mobiliers comme nécessitant des négociations promptes et multiples. Dès lors la loi ne s'attache plus à chacun d'eux pris isolément, mais à l'ensemble de la masse qu'ils composent ; elle donne à la femme tout pouvoir pour administrer sa masse mobilière et lui faire produire en bloc tout le rendement dont elle est susceptible ; pour y parvenir il faut pouvoir procéder aux aliénations devenues nécessaires, et dès lors les actes de cette nature, constituant une opération indispensable pour tirer profit de la masse mobilière, se trouvent rentrer dans la définition de la libre administration ainsi caractérisée.

112. — Il convient de remarquer que ces deux types extrêmes et par suite exceptionnels ont été tracés par le code au sujet de personnes qui sont propriétaires et dont la capacité seule est restreinte. L'administration en pareil cas ne dérive plus d'une investiture au profit d'autrui, elle indique la mesure dans laquelle seule pourra s'exercer valablement le droit de propriété lui-même. Dans la première hypothèse il s'agit d'une incapacité naturelle qui tend à disparaître et l'on se défie encore de tout acte qui exigerait une appréciation difficile et pourrait entraîner quelque grave conséquence ; dans la seconde, au contraire, il est question d'une incapacité artificielle qui comprimait le droit absolu du propriétaire et dont les liens se desserrent et le joug s'éloigne ; on ne craint plus dès lors de comprendre

Digitized by Google

dans l'administration certains actes dont l'opportunité, comme nous le disions, peut dépendre d'une question de convenances personnelles ; cette question en effet est laissée à l'appréciation de la personne même qu'elle intéresse, le propriétaire, dont la volonté est pleinement capable naturellement, et soumise seulement à certaines déférences lointaines à l'égard d'une autorité dont la surveillance ne s'exerce plus que de très-haut et à distance. Aussi l'administration s'élargit, on lui laisse en bloc toute une partie du patrimoine, la masse mobilière; elle ne se trouve restreinte qu'à l'égard des immeubles. Cette observation suffira pour nous tenir en garde contre les analogies que l'on voudrait puiser ici pour caractériser l'administration de droit commun, non plus celle qui, par restriction et exclusion, se trouve être comme l'expression restreinte du droit de propriété ; mais au contraire celle qui, en dehors de tout droit préexistant, est conférée à qui n'est pas propriétaire.

Elle est située entre les deux limites extrêmes que nous venons de préciser et ce terme moyen forme alors le troisième type, ce que l'on pourrait appeler l'administration ordinaire, l'administration sans épithète, et par suite la plus difficile à bien concevoir et à nettement définir. Son étendue cependant nous a semblé pouvoir être suffisamment déterminée par suite des deux idées suivantes. Cette administration serait celle qui donne avant tout le pouvoir de faire tous les actes nécessaires à la conservation de la valeur totale du patrimoine ; et en second lieu, celui de traiter chacun des droits particuliers dont celui-ci se compose, suivant sa destination propre et naturelle, sans qu'il puisse être jamais permis de toucher au fond du droit ni de lui enlever aucune de ses propriétés essentielles ou de ses attributs nécessaires. Dès que la valeur du patrimoine est en péril, l'administrateur trouve dans son titre les pouvoirs nécessaires à prévenir le danger, fût-ce même au prix de quelque sacrifice pécuniaire ; c'est ainsi qu'en certains cas certains administrateurs ont pu être admis à accorder un concordat ; en général ils ont qualité pour conclure les emprunts nécessaires soit à la réparation des immeubles, soit à la gestion d'un fonds de commerce. La seconde idée est, nous l'avons dit, qu'il doit respecter en principe l'individualité de chacun des droits qu'il trouve dans le patrimoine, mais qu'il peut faire à leur sujet tous les actes qu'exige leur rendement, leur amélioration et leur destination spéciale, telle qu'elle pourrait être envisagée par le propriétaire. C'est en vertu de cette idée qu'il a pouvoir de vendre les récoltes ; c'est ici un attribut indispensable de la gestion des biens immobiliers. De même il pourra le plus souvent disposer de la plupart des meubles corporels, à l'exception de ceux qui ont un caractère précieux par eux-mêmes. C'est qu'en général ces meubles sont périssables et que le seul moyen d'en tirer

Digitized by Google

revenu est de les vendre et d'en placer le prix. En principe il aura qualité suffisante pour placer les capitaux, puisque c'est là leur destination. En un mot parmi les droits composant le patrimoine, il en est qui ont une individualité réelle, qui forment un tout, une unité ; on les reconnaît en ce qu'ils ont une fonction spéciale, un organisme réel à l'effet de produire et de se développer sans rien perdre de leur substance propre ; l'administrateur ne peut pas y toucher. Il en est d'autres qui n'existent que comme conséquence des premiers, qui par eux-mêmes ne sont pas un but, mais une dépendance, un moyen ; ils sont à la disposition de celui qui a qualité pour gérer et conserver les vrais éléments du patrimoine, les droits de la première catégorie. Toute aliénation, substitution faite à leur sujet par l'administrateur est valable, nous en avons donné des exemples. Au contraire quand il s'agit des premiers, ce n'est pas seulement tout acte susceptible de les faire disparaître du patrimoine qui se trouve prohibé, mais bien tout ce qui pourrait leur enlever ou compromettre un de leurs éléments essentiels, porter atteinte à leur fonction vitale (1) ; c'est ainsi que les baux à trop long terme peuvent ne pas être opposables au propriétaire, parce qu'ils tendent à le priver d'une des propriétés essentielles de son droit sur l'immeuble ; c'est ainsi que nous déciderons que la conversion des titres nominatifs en titres au porteur n'est pas un acte d'administration proprement dite, parce qu'elle porte atteinte à l'un des attributs essentiels du droit tel qu'il se trouvait entre les mains du propriétaire.

113. — Quant aux meubles incorporels il est impossible, après les développements qui précèdent, de ne pas les ranger parmi les droits de la première catégorie, ceux qui ont une individualité propre et présentent par eux-mêmes une destination, un mode de placement. Ils forment même le mode d'emploi ordinaire et le plus habituel ; nous savons que comme les immeubles ils fournissent leur rendement périodique sans que leur substance en soit atteinte. Mais c'est à eux surtout, plus encore qu'aux biens fonds que s'appliquent ces vues d'avenir auxquelles nous avons fait allusion et dont l'appréciation ne peut appartenir qu'au propriétaire lui-même ; il peut arriver que leur conservation importe à ce dernier malgré peut-être une baisse momentanée. Aussi dirons-nous que rien ne pouvait être plus étrange que prétendre que céder une créance, transférer une rente, vendre une action, n'était pas faire acte de propriété, mais bien d'administration. Nous avons vu qu'il pouvait en être ainsi pour la femme séparée ; mais cela justement parce qu'elle est propriétaire et que sa situation nouvelle exige qu'on la laisse seule juge, en cette matière, de ses motifs de convenances personnelles. D'ailleurs la rédaction du texte mérite ici d'être notée. Le Code annonce qu'il va constituer

1. Cf. Jozon. Conversion : Revue du Notariat, 1872.

Digitized by Google

une administration extraordinaire, la plus large qu'il ait encore concédée : quel va être le privilège nouveau qui en sera dès lors comme le signe caractéristique? En quoi va donc consister cette extension nouvelle ? C'est que la femme investie d'une administration de cette espèce, d'une libre administration, pourra disposer de son mobilier et l'aliéner; ainsi parle l'article 1449. C'est donc une règle générale, l'administration ordinaire, la simple administration ne comprend pas la disposition absolue du mobilier : et cependant nous savons qu'elle admet certaines ventes de meubles ; les aliénations prohibées en principe se réfèrent donc surtout et peut-être uniquement aux meubles spéciaux dont nous traitons, les meubles incorporels ou valeurs mobilière.

Cette argumentation qui ressort directement de la comparaison faite entre l'article 1449 et tous ceux qui traitent des autres cas d'administration simple et de droit commun, n'est d'ailleurs que la confirmation, fournie par les textes, du système général suivi par les rédacteurs du Code civil : lorsqu'il est des distinctions à faire parmi les meubles, dont les uns puissent être aliénés par l'administrateur et dont les autres doivent être conservés par lui, le Code se tait ; il laisse cette distinction aux soins de la jurisprudence ; lorsqu'au contraire il veut édicter une règle applicable à tous les meubles sans exception, il peut alors procéder par formule générale, il prononce : c'est ainsi qu'au sujet de la libre administration, voulant supprimer toutes les distinctions qui s'imposent d'ordinaire en fait d'aliénations mobilières, il dispose que sans exception toutes les aliénations de ce genre deviennent permises. Ailleurs le Code parlant d'un associé qui n'a reçu aucun pouvoir d'administration spéciale et ne possède que ceux fort réduits qu'il puise dans sa propre qualité, dispose en propres termes qu'il ne pourra engager les choses même mobilières qui dépendent de la société (art. 1860). C'est ici encore le même procédé que celui dont l'article 1449 nous a fourni l'exemple, mais pour aboutir à une solution inverse. L'article 1449 procède par formule générale afin de permettre les aliénations mobilières qui, d'ordinaire sont prohibées ; et l'article 1860 afin de défendre celles qui de droit commun sont permises : d'un côté comme de l'autre, il n'y avait plus de distinction à faire. Dans tout autre cas, le texte craint de descendre dans les détails, et ne s'occupe spécialement que des immeubles ; vouloir dans les textes auxquels nous faisons allusion tirer de là un argument *a contrario* dont l'effet puisse être de permettre en bloc toutes les aliénations mobilières, même celles des meubles incorporels, serait bien réellement introduire non pas seulement une exception injustifiable au droit absolu du propriétaire, mais trahir l'intention la plus manifeste du législateur et user à son égard d'une véritable supercherie interpretative. Ajoutons enfin que peu de temps après la mise en vigueur du Code civil, le corps

Digitized by Google

même qui avait le plus contribué à sa rédaction, confirmait ce système et ce mode d'interprétation par un acte solennel, qui, à cette époque, était lui-même un acte législatif et dans lequel il déclarait qu'administrer un bien ne saurait jamais permettre de toucher au fonds du droit et que par suite tout administrateur en général ne peut en principe trouver dans son titre le pouvoir de disposer des meubles incorporels et valeurs mobilières (Avis du conseil d'Etat du 11 juin 1808). Il est donc faux de prétendre que le Code civil soit absolument muet à l'égard de l'aliénation des valeurs mobilières et meubles incorporels en général. Mais le serait-il davantage, le raisonnement appuyé sur les principes nous eût tout aussi inévitablement conduit à l'interprétation législativement imposée par l'avis du Conseil d'Etat de 1808. Aliéner, c'est transporter à un autre les bénéfices d'un droit qui en lui-même est suffisamment caractérisé pour avoir une existence propre et offrir des avantages spéciaux qu'aucun autre ne peut remplacer exactement. Il en est ainsi pour les valeurs mobilières, rentes, actions, obligations. Rien ne saurait les remplacer exactement et fournir une valeur adéquate à celle qu'elles présentaient dans le patrimoine, si ce n'est une action semblable, une obligation identique à celle que l'on aliène: par conséquent, échanger un de ces biens pour un autre du même genre, mais d'espèce différente, c'est avoir perdu le premier, l'avoir aliéné. Cela est d'autant plus vrai que la destination même de ces valeurs est, en principe, d'être conservées précieusement et que les aliéner n'est nullement nécessaire à leur rendement. Un acte de ce genre est donc un de ceux par excellence qui n'appartiennent qu'au propriétaire (art. 544), et dont l'article 1988 ne donne l'exercice à l'administrateur qu'en vertu de pouvoirs exprès; si ce dernier, en dehors de cette hypothèse, concourait à un acte de ce genre, il n'aurait fait autre chose que de disposer de la chose d'autrui, c'est-à-dire un acte nul (art. 1599) (1).

114. — Le principe est certain, l'aliénation des valeurs mobilières est un acte de propriété qui ne rentre pas dans la notion générale de l'administration. Nous aurons seulement à nous demander à propos de certains administrateurs et pour certaines valeurs spéciales si ce principe ne souffre jamais aucune exception.

1. Cf. Laurent, tom. 2, nº 179.

Digitized by Google

SECTION II

APPLICATION AU MANDATAIRE CONVENTIONNEL

§ α. — *Aliénation directe des valeurs mobilières.*

§ α. — 115. — Les caractères de l'administration qui se présente à notre examen, sont très différents de ceux de la plupart des administrations légales que nous aurons à étudier. Ces différences résultent de ce fait capital, que les administrateurs légaux sont d'ordinaire substitués au propriétaire à son insu ou contre sa volonté. L'administrateur conventionnel tient au contraire ses propres pouvoirs de la confiance du propriétaire lui-même. L'administration légale suppose fréquemment une sorte de mise en réserve du patrimoine, en attendant que le propriétaire puisse être à la tête de ses affaires ; de là, ces conversions forcées des valeurs improductives en placements sûrs et solides ; ces garanties de restitution multipliées ; cette prohibition de toute opération quelque peu hasardée ; cette sorte d'arrêt momentané dans la mise en œuvre des forces vives du patrimoine : l'impulsion antérieure se trouve comme un instant enrayée ; une direction nouvelle, fondée sur quelques notions générales et théoriques, lui est substituée dont la tendance consiste surtout à mettre en réserve les biens et valeurs de façon à les soustraire à toute chance d'aventure, à assurer leur rendement normal e ordinaire, à les conserver enfin au propriétaire, le seul en droit de leur imprimer une direction personnelle et spécialement caractérisée. Rien de semblable au cas d'administration conventionnelle ; le mandataire ne se réfère plus uniquement à un type scientifique de gestion, il doit suivre la direction particulière qui était celle du propriétaire ; c'est afin de n'en pas arrêter l'impulsion première, que ce dernier met en son absence quelqu'un qui puisse continuer sa gestion ; c'est afin qu'il n'y ait dans le système d'administration par lui adopté, ni interruption, ni modifications, qu'il se substitue un autre lui-même ; rien n'est donc à changer dans la composition de la masse ; il n'est besoin d'aucune réa isation immédiate, d'aucun placement extraordinaire : il n'y a autre chose à faire que suivre une administration commencée. Enfin il est une autre considération qui ne se rencontre plus dans aucune des situations susceptibles d'être comparées à celle qui nous occupe en ce moment ; c'est qu'en l'absence du propriétaire, et c'est ici le

Digitized by Google

cas supposé, aucune autorité n'a mission de consolider et de permettre les actes qui dépasseraient les pouvoirs du mandataire. Pour le tuteur, pour le mari, pour l'héritier bénéficiaire, il n'est aucun acte supposé nécessaire, qui ne puisse être valablement accompli, sans que la responsabilité de l'administrateur en cause ait à redouter le moindre péril. Pour les uns le tribunal suppléera aux pouvoirs insuffisants, pour d'autres il sera toujours possible de faire intervenir le véritable intéressé lui-même et de rendre ainsi l'acte pleinement valable. Ici il n'en est plus de même; quand un acte paraît utile, s'il dépasse les pouvoirs du mandataire, il n'est aucune autorité qui ait qualité pour le lui permettre ; il faut, s'il le croit indispensable, qu'il le fasse à ses risques et périls, non plus comme le représentant du propriétaire, mais à titre de simple gérant d'affaires, et par suite exposé plus tard à se voir obligé d'en supporter toutes les conséquences désavantageuses, exposé même à ne trouver personne qui consente à traiter avec lui et à conclure un acte précaire dont la validité soit susceptible d'être discutée un jour, ainsi dès que l'acte est grave et important, deux conditions qui bien souvent le rendent plus nécessaire encore, le mandataire hésite, les tiers refusent, et les intérêts du mandant sont en souffrance.

116. — Il faut attendre, et obtenir si les circonstances le permettent, un supplément de procuration. Toutes ces considérations réunies avaient porté les auteurs anciens à se montrer très larges à l'égard du mandataire conventionnel. Pothier semble même faire rentrer dans ses pouvoirs tout acte, en dehors de l'aliénation des immeubles, qui présente actuellement pour le mandant une utilité incontestée. Ce système est certainement trop extensif. Si le mandant avait voulu donner à l'administrateur le plein pouvoir de faire tout acte quelconque utile à ses intérêts, il s'en serait exprimé dans la procuration. Il a pu préférer les inconvénients d'une abstention inopportune aux dangers peut-être autrement graves d'une liberté d'action illimitée.

C'est d'ailleurs une théorie étrange de faire dépendre la validité d'un acte, accompli soit par un incapable, soit par un mandataire, des resultats avantageux qui ont pu en être la conséquence. L'acte en lui-même, par sa nature rentre-t-il dans les pouvoirs conférés au mandataire? Au cas d'affirmative, les suites fâcheuses qu'il a pu avoir ne peuvent rien contre sa validité ; et s'il est défendu, les avantages qu'il a pu produire sont impuissants à en faire un acte permis. En décider autrement, ce serait confondre la théorie du mandat et celle de la gestion d'affaires : cet acte excessif, impuissant, par lui-même et *a priori*, à engager le mandant, peut-il, en raison de l'utilité qu'il lui a procurée, avoir effet en sa personne? C'est une théorie tout autre, et il s'en faut que ce soit seulement une pure question de mots. Un auteur

Digitized by Google

moderne, M. Laurent (1), a pris le contre-pied de ce système ; et, s'attachant rigoureusement au sens étroit du mot aliénation, d'une façon absolue, inflexible, sans tenir compte des nuances ni des circonstances, il prohibe impitoyablement tout acte qui, par sa nature abstraite et scientifique ne rentre pas dans la notion générale de l'administration. C'est oublier, à notre avis, que nous traitons d'une matière où la volonté est souveraine, et que les limites de la procuration n'ont d'autres bornes que la convention qui est à sa base. Sans doute il ne nous est pas permis de présumer d'aucune circonstance que l'intention du mandant a pu aller jusqu'à permettre tacitement les actes de disposition dont le caractère est nettement déterminé et certain Mais ne pas tenir compte des circonstances pour fixer le caractère des actes mixtes et douteux par eux-mêmes, ce serait aller contre les faits et la vérité des choses. Cette tendance se retrouve dans Pothier (2) ; de telle sorte que ce jurisconsulte parvenait à étendre les limites de la procuration générale à l'aide de ces deux catégories de motifs, d'un côté les présomptions tirées des circonstances mêmes dans lesquelles le mandat était intervenu et qui l'avaient ainsi préparé et rendu nécessaire ; de l'autre les résultats de l'acte accompli ; nous n'admettons pas, on le sait, les extensions fondées sur les raisons toutes relatives et accidentelles de la seconde espèce, tout au contraire, celles de la première nous semblent devoir être pleinement acceptées en cette matière : telle est également l'opinion de M. Pont (3). Cette théorie ne consiste pas à valider les actes du mandataire suivant l'utilité procurée ; mais à déterminer le classement des actes douteux d'après les faits et présomptions qui peuvent être de nature à éclairer l'interprétation exacte de la volonté du mandant. Appliquons ces principes à l'aliénation des valeurs mobilières.

117. — Nous croyons avoir suffisamment démontré que l'aliénation des meubles incorporels était au premier chef un acte de propriété et que partant il ne saurait rentrer dans les pouvoirs de l'administrateur général. Cette conclusion est d'autant plus légitime qu'à la différence de plusieurs textes, édictés pour des cas fort analogues à celui-ci, l'article fondamental de la matière (art. 1988) n'établit aucune opposition même apparente entre les meubles et les immeubles. Il prohibe l'aliénation en général, toute aliénation quel qu'en soit l'objet (4). La jurisprudence, dès les premiers temps qui suivirent la mise en œuvre du Code civil, faisait l'application de ce principe.

1. Laurent. Tom. 27, n° 419 et suiv.
2. Pothier. Mandat., n° 147.
3. Pont. N° 906, n° 914.
4. Cf. art. 513, dans lequel le mot *aliéner* est pris avec cette portée générale. Voir pour ce dernier l'application très étendue qui en est faite par la jurisprudence. Sir. 82, 2, 233 et la note de M. Labbé.

Digitized by Google

Il reste de la même année et de la même cour, deux anciens arrêts fort instructifs, lesquels au premier abord semblent absolument contradictoires. L'un, de Bruxelles, du 13 février 1809, décide qu'une femme munie du pouvoir général d'administrer la fortune de son mari, ne peut transporter par la voie de l'endossement un billet à ordre appartenant à celui-ci ; l'autre de la même cour, en date du 21 décembre 1809, déclare qu'elle le peut en l'acquit d'une dette du mari (1). Faut-il donc admettre que l'acquittement des dettes suffise à légitimer la vente des meubles incorporels? Ce serait presque revenir à la théorie de Pothier que nous avons condamnée et introduire en cette matière une profonde différence entre l'aliénation de ces valeurs et celle des immeubles. Or, il faut remarquer (2) que le meuble incorporel ainsi aliéné dans l'espèce était un billet à ordre ; c'est-à-dire un titre qui, dans les usages du commerce tient lieu d'argent, si bien que l'on serait presque en droit de se demander si cette classe de valeurs ne devrait pas être exclue de notre prohibition générale et, si des deux arrêts de la cour de Bruxelles, le plus exceptionnel ne serait pas le premier. Ce serait alors fonder l'exception, non plus sur l'utilité du but poursuivi, mais sur la nature du droit aliéné. Une telle prétention ainsi posée d'une façon absolue ne saurait être admise ; mais on ne peut nier qu'elle ne renferme une part quelconque de vérité ; la difficulté est de préciser dans quelle mesure exacte elle doive être acceptée.

Il ne faut certainement pas hésiter à poser en principe que les effets de commerce sont des meubles incorporels dont la négociation constitue un acte de disposition. D'autre part, on ne saurait nier qu'un titre de cette nature ne représente pas un droit de longue durée, susceptible de servir de placement et de s'individualiser réellement dans le patrimoine ; son essence est, au contraire, d'être une créance à terme ordinairement rapproché, qui se trouve être transformée en lettre de crédit et destinée, par la forme même qu'elle a revêtue, à circuler comme monnaie fiduciaire. Si cette destination, quoique fréquente, n'apparaît pas toujours avec ce caractère d'évidence qui seul peut nous permettre, au point de vue de l'application de l'article 1988, de modifier la nature des actes renfermant au sens rigoureux du mot une aliénation proprement dite, il est un cas au moins où l'hésitation n'est plus permise ; c'est quand ces titres appartiennent à un commerçant. Dans la caisse du commerçant, les effets de commerce ne sont plus considérés que sous leur aspect impersonnel de valeur échangeable ; leur destination propre est

1. Siv. 10, 2. 331. Coll. nouv., 3, 2, 23. Dal. 9, 2, 173. Sir. 2, 2, 968. Coll. nouv., 3; 2, 185. Dal. 10; 2, 71. Cf. D. 50; 2, p. 2, 5 et 4 ; et plus bas n° 128.

2. Cf. Laurent. *Loc. cit.*, n° 425.

Digitized by Google

désormais de servir à l'acquittement des dettes et d'éviter, par suite, un appel de fonds et un paiement en deniers ; ils sont, dès lors, assimilés à ces meubles de circulation dont la fonction n'est que de passer dans le patrimoine et dont on ne peut tirer parti qu'en les employant, fût-ce au prix de leur consommation définitive, au but auquel ils sont destinés. L'aliénation, faite dans les circonstances indiquées et prévues, devient alors le mode de traitement qui leur est applicable ; elle rentre dans la façon de les administrer et par suite échappe au caractère juridique et rigoureux de l'acte de disposition. Les circonstances dans lesquelles l'aliénation des titres devient une fonction essentielle et une conséquence régulière de leur destination, se trouvent nettement déterminées par le but qu'ils sont destinés à remplir dans le patrimoine du commerçant. Leur attribut principal est, en pareille hypothèse, d'éviter à celui qui les possède un déplacement d'argent, il est donc utile de les conserver pour les cas où l'exigibilité des dettes pourrait imposer un paiement en deniers ; et par suite on resterait dans la prohibition, si leur endossement n'avait d'autre motif que de procurer de l'argent à l'administrateur, en dehors toutefois des cas où un emprunt pourrait être autorisé. Ces remarques justifient pleinement les décisions de la Cour de Bruxelles et nous conduisent à ces conclusions : en principe, l'aliénation du billet à ordre est défendu au mandataire, mais si le mandant est un commerçant, elle devient permise, soit pour éviter un emprunt nécessaire, soit pour acquitter les dettes devenues exigibles. Nous ne prétendons pas ainsi apporter une exception au principe absolu de l'article 1988 ; nous reconnaissons seulement que l'aliénation dont il s'agit ne saurait plus constituer un acte de propriété au sens que nous avous adopté, mais bien un mode d'administration du titre auquel elle s'applique, absolument comme la vente des récoltes échappe aux conséquences rigoureuses de sa nature purement juridique, pour rentrer dans la catégorie des actes permis à l'administrateur.

118. — Ces solutions admises, il nous reste à dégager plus nettement encore les bases théoriques sur lesquelles elles reposent et, comme conséquence, à nous demander si elles sont susceptibles d'être généralisées. Notre opinion est que l'article 1988 fait une interprétation légale de volonté contre laquelle ne peut prévaloir aucune présomption de fait. On ne pourrait donc, en se fondant sur l'utilité de l'opération ou même sur les habitudes de gestion du mandant, arriver, en principe, à légitimer une aliénation véritable de valeurs mobilières accomplie par l'administrateur. Mais ceci n'est vrai qu'autant qu'il s'agit d'aliénation constituant véritablement un acte de propriété au sens de l'article 1988. La question revient donc à ceci : N'y a-t-il pas des cas où la vente ou négociation de certaines valeurs, devient

Digitized by Google

un mode ordinaire de leur gestion, et par suite constitue un acte d'administration ? Oui, répondrons-nous avec le second arrêt de la Cour de Bruxelles, mais à une condition : c'est que ce caractère spécial ressorte non pas de circonstances de fait uniquement relatives aux parties en cause, mais bien de certains faits ayant une valeur juridique réelle qui, pour tout le monde et sans qu'il y ait à considérer la personne même du mandant ou les causes occasionnelles de la procuration, aient imprimé aux titres une fonction nettement déterminée, et indiqué avec précision la destination même qu'ils devaient remplir dans le patrimoine du mandant. Que certaines valeurs mobilières n'aient, en effet, été envisagées dès le jour de leur acquisition que sous le rapport de leur négociation future, et considérées seulement comme une marchandise à vendre, c'est un fait que nous n'aurons pas de peine à démontrer. Que la preuve de cette destination spéciale ne puisse pas résulter d'une présomption quelconque, c'est également une solution que les principes et le bon sens imposent. Il nous restera à déterminer quels sont les faits qui, d'une façon générale et en dehors de tout arbitraire, auront une valeur juridique suffisante pour impliquer cette destination, et transformer par suite la négociation par le mandataire de certaines valeurs mobilières en un acte d'administration.

119. — La spéculation ne s'exerce pas seulement au moyen d'opérations déguisées qui ne sont au fond qu'un pur jeu de hasard. Beaucoup de capitalistes se livrent en effet à des négociations sur les valeurs de Bourse, qui en elles-mêmes sont parfaitement légales et honnêtes et dont le but avoué est pour eux de profiter à un moment donné des variations susceptibles de se produire dans les cours ; ils achètent au comptant ou à terme des valeurs qu'ils ont l'intention de revendre soit à la prochaine liquidation, soit au plus prochain mouvement de hausse. Ces titres ne représentent donc pas pour eux un placement définitif, mais une marchandise sur laquelle ils fondent des espérances de gain. En achetant ils n'ont pas en vue le revenu annuel qu'ils pourront retirer des titres sur lesquels ils opèrent, mais le capital même que les titres représente et dont ils espèrent tirer profit par une cession faite à plus haut prix. Dès lors on peut dire que la nature du droit est sinon changée, au moins que sa destination est tout autre et nettement précisée. Entre les mains de ce capitaliste, ces titres ne sont plus envisagés pour leur fixité et en vue de leur conservation, mais bien uniquement pour leur valeur commerciale et en vue de leur négociation ; dès lors le mode d'administration qui s'y rapporte, consiste dans la vente ou cession de ces valeurs, absolument comme pour les valeurs de placement l'administration réside dans la perception des revenus. Procéder à la vente des valeurs de spéculation, dans le sens où ce terme vient d'être pris par nous, ce n'est

Digitized by Google

plus faire un acte de propriété souveraine, acte qui déroge au mode de rendement de ces valeurs ; c'est au contraire se conformer au seul système de gestion qui puisse être admis à leur égard. Sans doute la vente implique encore en pareil cas une question d'opportunité; mais il en est de même pour celle des récoltes, et cependant la gravité de cette appréciation n'a pas empêché que cette dernière fût rangée parmi les actes d'administration : l'importance ou les difficultés de la négociation ne sauraient être prises en considération dès que la négociation elle-même a été nécessairement prévue. Ces valeurs dont la destination nécessaire est d'être aliénées en temps opportun, nous les appellerons des *valeurs de spéculation* ; mais à quel signe les reconnaître au point de vue de l'application de l'article 1988? Nous avons repoussé *a priori* toute présomption indéterminée de laquelle on prétendrait faire résulter la preuve de l'intention du mandant. Admettre, en vertu de telle circonstance particulière, que celui-ci a entendu donner à quelqu'une des valeurs qu'il possède, ce caractère spécial et le lui conserver, sans autre indication, même entre les mains d'un administrateur général, ce serait le renversement même de la distinction établie par l'article 1988. La logique ne se résoudrait assurément pas à restreindre une semblable théorie, si elle était admise, aux seuls meubles incorporels, elle conduirait bien vite à appliquer aux immeubles eux-mêmes le même procédé de raisonnement. Il est tel fonds improductif dont le mandant cherche à se défaire, la chose est avérée; il n'a pas fait mystère de ses intentions et n'attend qu'une occasion favorable; l'occasion se présente en son absence, l'administrateur la saisit et, lorsque le mandant de retour lui oppose l'article 1988, il prétend n'avoir fait qu'une interprétation légitime de la procuration qui lui avait été donnée; si cette réponse devait le mettre à couvert, c'en serait fait de la protection de l'article 1988. Mais supposons une hypothèse différente; le mandant était un marchand de domaines; il place un administrateur à la tête de ses affaires, sans préciser autrement le mandat qu'il lui donne : est-ce que l'article 1988 empêchera celui-ci d'aliéner à l'occasion les fonds de terre ou maisons que le mandant avait évidemment achetés pour revendre ? Assurément non. C'est qu'ici la destination toute spéciale de ces immeubles résulte non pas de circonstances variables et arbitraires, mais d'un fait constant, dont les conséquences sont générales et indépendantes de toute question de fait, la profession du mandant.

La jurisprudence nous offre un exemple analogue en matière d'usufruit. Elle reconnaît aujourd'hui à peu près universellement que le legs d'usufruit d'un fonds de commerce ne constitue pas un quasi-usufruit, mais bien un usufruit réel et que cette solution ne s'applique pas seulement

Digitized by Google

au droit incorporel qui subsiste en dehors du renouvellement des marchandises ; mais qu'il en est ainsi pour ces dernières elles mêmes, en ce sens qu'elles ne sont pas considérées comme choses fongibles dont il doive être rendu une quantité égale et de semblable valeur, mais bien comme objets dont l'individualité existe encore même à l'égard du nu-propriétaire et qui lui seront restitués en nature, dans leur état actuel, au jour où finira l'usufruit. On leur applique ainsi l'article 589 au lieu de l'article 587 (1) ; cependant ce texte suppose en principe que les meubles soumis à son application doivent être, et ont été réellement, conservés en nature, et il s'agit ici de choses dont la vente est permise ; y a-t-il donc contradiction ? Non ; mais les objets dont il est ici question, tout en restant dans le patrimoine du nu-propriétaire, sinon il y aurait quasi-usufruit, sont considérés comme ne comportant d'autre mode de jouissance et par suite d'administration que celui qui s'exerce par la vente elle-même. Ils sont destinés à disparaître et être remplacés sans cesse par de nouveaux objets qui, se substituant aux premiers, entrent dans le patrimoine avec le caractère propre de ceux qu'ils remplacent. Cela est exact, mais d'où résulte la preuve de cette destination certaine ? Non pas assurément d'un ensemble de circonstances accidentelles, mais de ces deux éléments qui ont par eux-mêmes une valeur propre et indépendante, la profession du nu-propriétaire et la relation qui, dès leur entrée dans son patrimoine, exista entre celle-ci et les objets aujourd'hui soumis à l'usufruit. Il ne faudrait pas croire cependant que la profession de celui à qui l'objet appartient, entrât comme un élément de fait essentiel dans la question de preuve qui nous occupe. Si par exemple le mandataire trouve quelques vins précieux dans les celliers du mandant, il est certain, qu'en dehors de toute menace de détérioration prochaine, il ne saurait avoir le droit de les revendre ; qu'il en existe au contraire un stock assez considérable provenant de la récolte même du propriétaire, il a qualité pour en négocier le marché. La preuve de la destination résulte ici de la provenance même de l'objet aliéné.

120. — Dès lors nous autorisant de ces analogies certaines, il nous est permis d'en faire l'application aux valeurs mobilières. La profession du mandant, la relation existant entre celle-ci et les valeurs trouvées dans son patrimoine, les circonstances qui ont signalé l'entrée de ces valeurs dans le patrimoine lui-même, en un mot leur titre originaire, tels sont également les trois faits qui pourront nous fournir les inductions légitimes que nous cherchons. Un premier fait certain, c'est, quelle que soit l'hypothèse, que le dernier de ce trois éléments devra se retrouver toujours, dans une mesure plus

1. D. J. G. Usufruit, n° 206 et seq. Cass. 14 déc. 1842. D. *loc. cit.*, n° 200 à la note.

Digitized by Google

ou moins restreinte, suivant les situations. C'est qu'en effet, comme le prouvent les arrêts précités de la Cour de Bruxelles, il existe, pour les droits de cette espèce, une condition indispensable pour que l'on soit admis à supposer l'intention, chez celui qui les possède, de les négocier promptement, c'est qu'ils affectent, dès leur entrée dans son patrimoine, la forme même de la négociabilité ; pour les valeurs mobilières proprement dites, ce sera la forme au porteur. Il est de toute évidence que celui qui acquiert un titre nominatif ou demande la conversion d'un titre au porteur, envisage le droit ainsi représenté au point de vue de sa destination ordinaire et normale, c'est-à-dire de sa conservation. Cette forme ne suffit assurément pas, il faut encore que le titre ainsi acquis provienne d'un marché en Bourse ; c'est en effet, dans les usages modernes, de cette façon seulement que se pratiquent les opérations sur les valeurs destinées à la spéculation, quel que soit le sens général ou restreint où ce mot doit être entendu. Ces deux conditions sont générales; il est un cas où elles seront suffisantes ; c'est celui où le mandant faisait profession de se livrer à des spéculations sur les valeurs de Bourse ; et nous entendons par là qu'il s'agit non d'une simple pratique habituelle, mais des conséquences d'une véritable situation commerciale, comme celle de certains banquiers par exemple. Il est bien certain que le mandataire, mis provisoirement à la tête des affaires du mandant, pourra, sans autre indication plus expresse, négocier les titres au porteur relatifs aux valeurs dont la spéculation formait une des opérations commerciales de la maison. La destination des titres de ce genre est aussi bien marquée que celle des marchandises d'un fonds de commerce, que celle des immeubles appartenant à celui qui fait profession de les acheter pour les revendre.

121. — En dehors de la profession commerciale ou financière du mandant, nous ne voyons que deux conditions originaires susceptibles de marquer le titre, avant même son entrée dans le patrimoine, d'une estampille qui le désigne infailliblement pour une revente prochaine et par suite en transforme, à l'égard de tous, la destination ordinaire La première condition est qu'il ait fait l'objet d'un marché à terme non encore exécuté. Si à la liquidation le titre avait été levé par le mandant, il est bien certain que cet indice suffirait à protester contre les vues de spéculation invoquées par le mandataire; nous supposons donc l'absence du mandant et par suite la procuration intervenue entre la conclusion du marché et l'échéance; lorsque cette dernière arrive, nous avons à nous demander si le mandataire sera obligé de lever les titres et de les accepter comme valeurs définitivement entrées dans le patrimoine du mandant, ou s'il pourra les revendre, soit immédiatement, soit à la première occasion de bénéfices que les cours pourront lui offrir.

Digitized by Google

Ici encore le fait même que la valeur provient d'un marché à terme est en lui même insuffisant; il n'est pas impossible en effet qu'un capitaliste exécute une opération de ce genre, même pour se procurer une valeur de placement, dans le cas par exemple où, n'ayant pas d'argent disponible et prévoyant la hausse, il a voulu traiter d'avance pour l'époque où ses fonds rentreront. Sans doute cette circonstance pourrait, dans tel cas particulier, avoir une grande valeur, comme preuve des intentions du mandant; mais on a vu que nous ne saurions admettre cette interprétation arbitraire et toute relative; nous ne pouvons accepter que celle qui s'impose comme résultant d'un fait général et constant. Or nous la rencontrons sans aucun doute, lorsque à la première condition indiquée se joint cette circonstance, à laquelle la jurisprudence elle-même attache à d'autres points de vue une réelle importance juridique, la disproportion existant entre la quantité des titres achetés et les capitaux disponibles dans le patrimoine du mandant, au jour où le marché a été conclu, ou à celui de son échéance (1). En pareil cas la marque de la spéculation éclate en dehors de toute espèce de circonstances relatives au mandant, au but ou à l'origine de la procuration; d'avance, et sans attendre qu'ils soient déjà acquis, les titres se trouvent désignés pour une négociation nouvelle; si l'administrateur exécute alors le marché et s'obstine à conserver les valeurs ainsi acquises, malgré les cours avantageux qui pourraient se présenter, que plus tard survienne la baisse et peut-être avec elle la ruine, croit-on qu'il lui suffirait de se retrancher derrière l'article 1988 pour échapper à toute responsabilité? Lui suffirait-il de repondre qu'il n'a aucun compte à rendre pour s'être abstenu de faire un acte qui ne lui était pas permis? Tel est cependant le résultat auquel on arriverait en ne lui offrant que la ressource de la gestion d'affaires et ne le soumettant par suite qu'aux obligations facultatives et arbitraires qui en résultent. Il faut se souvenir enfin de cette idée que l'administration que nous étudions ici n'est pas, comme certaines administrations légales, confinée dans quelques pratiques idéales de gestion prudente et réservée; elle ne doit pas marquer une interruption, un temps d'arrêt, dans la marche des affaires du mandant; elle doit au contraire en être le développement et la continuation; elle doit se baser sur les précédents, tels qu'il sont révélés par les actes de celui qui a constitué le mandat; ce n'est pas en effet une administration uniforme calquée sur un modèle en quelque sorte officiel, c'est une administration dont les caractères doivent refléter celle qu'elle a mission de suppléer. Dans la volonté du mandant se trouve la charte des pouvoirs du mandataire; et s'il ne nous

1. Cf. *Revue critique*, 1882, p. 468. Rapport de M. Lyon-Caen. *V. infra*. La même exception admise en matière de reports, n° 135 et 136.

Digitized by Google

est pas permis de présumer d'aucune circonstance accidentelle que la procuration générale comprenne ce qui est aliénation véritable, c'est-à-dire renversement complet de la destination même du droit faisant l'objet du mandat ; il est au contraire fort légitime de déduire de certains faits, ayant une valeur propre et constante, le caractère même de la destination certaine imprimée par le mandant aux droits qui font partie de son patrimoine. D'ailleurs comme la vente des valeurs que nous avons ainsi spécifiées, ne portera jamais que sur des titres au porteur, l'intérêt véritable de la question consistera surtout en ce que la responsabilité du mandataire pourra se trouver engagée lorsqu'il n'aura pas procédé à l'aliénation en temps opportun ; il consistera aussi en ce que le mandant, au cas où la vente pourrait être désavantageuse, sera privé des différents recours qui peuvent lui appartenir suivant les distinctions étudiées plus haut, au cas de négociation illégale des titres au porteur. Enfin si l'administrateur avait eu l'idée, à peu près invraisemblable de lever les titres et d'en demander la conversion, la forme nominative nouvelle ne saurait l'empêcher de procéder à une conversion inverse pour parvenir à négocier à la Bourse les titres qu'il aurait transitoirement immobilisés ; on devrait seulement laisser entièrement à sa charge les frais de cette double formalité qui dans l'epèce se trouvait être complètement inutile.

122. — Une troisième application de la théorie que nous avons exposée se rencontre en matière de coupons au porteur. Il est généralement reconnu qu'ils circulent et sont échangés à titre de monnaie fiduciaire. On peut dire d'eux avec une certitude complète, ce que nous n'avancions qu'avec quelque réserve au sujet des valeurs de spéculation, ce que nous avions restreint à un cas spécial en matière d'effets de commerce : c'est que leur destination et le mode généralement admis d'en tirer profit, est de pouvoir les aliéner sans entrave et de s'en servir à la façon de l'argent qu'ils représentent. La cession de titres de cette nature rentre évidemment dans les pouvoirs d'administration. C'est qu'en effet elle ne compromet en rien le capital, mais un simple trimestre de dividendes et rien n'est plus fréquent que les paiements faits en papiers de cete espèce (1).

123. — Nous avons vu d'après quelles bases, certaines cessions de valeurs mobilières peuvent être considérées comme rentrant dans la catégorie des actes d'administration. Nous devons ajouter maintenant, pour tous les transferts ou négociations qui conserveront leur caractère d'aliénation, et ce sera la règle à peu près générale, que nous ne saurions admettre à la prohibition édictée dans l'article 1988 aucune exception tirée de l'utilité plus ou moins grande, de l'urgence même, qu'il y aurait à procéder à la vente.

1. De Folleville, *loc. cit.* n° 281. Audier. *Revue prat.* 1881. Titres au porteur. V° Coupons.

Digitized by Google

Nous savons déjà, en dehors de l'hypothèse où a été rendu le second arrêt de la Cour de Bruxelles expliqué plus haut, que l'acquittement des dettes ne saurait être un motif suffisant pour valider la vente à titre d'exécution du mandat. Peut-être aurait-on pu concevoir quelques doutes à ce sujet : il est de tradition que le mobilier, même les valeurs, doivent servir à désintéresser les créanciers de préférence aux biens immobiliers ; la loi a plus d'une fois consacré cette pratique en renvoyant le créancier qui veut agir en saisie immobilière à la discussion préalable des meubles de son débiteur. Si donc les immeubles sont menacés n'est-il pas de toute nécessité que le mandataire puisse en éviter la saisie en faisant argent des titres et valeurs ? Celles-là du reste, à moins qu'il ne s'agisse de rentes insaisissables, peuvent avoir été l'objet spécial des poursuites du créancier qui va procéder à leur égard à des voies d'exécution, n'est-il pas naturel que le mandataire puisse en éviter les frais par une vente amiable ? On pourrait ajouter enfin que le paiement des dettes rentre au premier chef dans les pouvoirs de l'administrateur et qu'il doit comprendre les mesures propres à en faciliter l'exécution. Ces considérations pourtant ne sauraient être admises ; car ici l'on ne peut plus dire d'une façon certaine que la destination spéciale du titre aliéné soit d'être, plutôt que tel autre, sacrifié aux dettes du mandant. Si ce dernier possède des effets de commerce, des coupons au porteur, qu'on endosse les uns, qu'on livre les autres à ses créanciers, c'est leur fonction essentielle ; mais à part les titres de cette nature, lequel parmi les autres le mandataire devrait-il choisir pour lui faire porter le poids des dettes ? Ce choix à lui seul constitue un acte souverain de disposition ; et prétendre le fonder sur l'intention probable du propriétaire, ce serait faire entrer en ligne de compte toutes ces présomptions arbitraires et toujours incertaines que l'article 1988 a eu pour but d'écarter. Tel propriétaire préférera souvent faire vendre à la requête de ses créanciers une terre de peu de valeur suffisante à les désintéresser, plutôt qu'aliéner une part d'intérêt d'un rapport considérable et présentant peut-être pour l'avenir des chances d'accroissement inconnues à la propriété foncière. Le mandataire ne ferait donc, en substituant sa volonté à celle du propriétaire, que s'ingérer au-delà des limites de sa procuration, il n'agirait plus qu'à titre de gérant d'affaires. Nous en dirons autant des valeurs menacées de dépréciation. La ruine menaçante n'est pas davantage une raison suffisante pour valider l'aliénation. Sans doute si l'aliénation a été opportune et qu'elle ait eu pour effet d'éviter au mandant une perte certaine, celui-ci ne pourrait refuser de la reconnaître ; mais pourquoi ? Uniquement en vertu des principes mêmes de la gestion d'affaires (1). Si au contraire l'utilité de

1. Et encore pour ce cas particulier il est très douteux que l'aliénation puisse être toujours validée comme acte de gestion d'affaires. V. *infrà*, n° 151.

Digitized by Google

la vente est contestée, si la baisse n'a été que passagère et insuffisante à motiver une panique inconsidérée, le mandant ne pourra-t-il faire annuler la cession ? Telle serait la conséquence du système qui l'eût fait rentrer en pareil cas dans les pouvoirs du mandataire. Qui ne voit la gravité d'un tel résultat ? Une telle conséquence supposerait de la part du mandant une confiance supérieure à toutes les limites apportées par l'article 1988, or tel n'est pas le cas. D'ailleurs toutes ces questions de fait, et ces circonstances extrinsèques, absolument étrangères à la nature ou même à la forme du droit aliéné, ne sauraient en rien modifier le caractère de l'acte en lui-même ; pour avoir été fait en temps utile et avoir produit d'excellents résultats, il n'en reste pas moins une aliénation véritable que sa nature classe en dehors des opérations permises au mandataire.

§ β. — *Aliénation indirecte.*

124. — Nous devons étudier certains actes mixtes dont, le résultat final peut être le même que celui de la cession ou transport direct des valeurs mobilières. La nature juridique de quelques-uns d'entre eux a pu toutefois faire naître quelques doutes qu'il est indispensable d'élucider dans cette partie de notre travail plus spécialement consacrée au classement général des actes d'administration. Les auteurs se sont spécialement occupés de la novation et de la dation en paiement. Ces opérations toutefois s'appliquent surtout aux créances ordinaires et restent à peu près étrangères aux valeurs spéciales dont nous traitons. Nous nous contenterons de faire remarquer qu'impliquant disparition du droit primitif tel qu'il existait dans le patrimoine remis aux soins du mandataire, ces deux actes sont généralement rangés parmi ceux que prohibe l'article 1988. C'est cependant à propos de la novation que Pothier (1) suggérait la théorie quelque peu flottante et élastique que nous avons repoussée ; il serait évident que nous maintiendrions ici encore la règle absolue que nous avons adoptée. Nous nous occuperons de deux opérations plus spécialement applicables aux valeurs mobilières, la mise en gage et la conversion de titres.

125. — 1° *Mise en gage.* — Il convient avant tout de nous rendre compte de l'issue ordinaire d'une opération de ce genre et de nous demander ce qu'il arrivera au cas de non-paiement à l'échéance. Si le gage a lieu en matière civile, le créancier devra s'adresser à la justice pour obtenir l'autorisation de vendre (art. 2078). La vente aura lieu à la Bourse, par le ministère d'agents de change ; cette négociation peut en effet être assimilée à la vente publique

1. Pothier. *Loc. cit.*

Digitized by Google

prescrite par l'article 2070 (1). Les valeurs engagées pourraient aussi être attribuées en paiement au créancier, sans estimation par expert, au cours de la Bourse, lorsqu'il s'agit de valeurs cotées et négociables, dont le cours est attesté par un acte public et officiel (2). Si le gage est commercial, l'autorisation de justice n'est pas nécessaire. Le créancier peut faire procéder lui-même à la vente s'il s'agit de valeurs cotées à la Bourse, huit jours après une simple signification au débiteur (Cod. civ. art. 93, loi du 23 mai 1863). Les avances sur titres faites par les banquiers constituant de la part de ces derniers un acte de commerce, on devra donc appliquer en pareil cas les règles de la loi de 1863 tant pour la constitution que pour la réalisation du gage. La conséquence est que la mise en gage peut toujours conduire à une aliénation, et qu'elle y aboutit le plus souvent. Elle en est en quelque sorte le premier degré; et dès maintenant elle a pour effet d'enlever en partie au créancier l'usage et la disposition de l'objet engagé ; elle le prive par conséquent d'un des attributs essentiels de son droit, et menace de le lui faire perdre entièrement. Peut-on en présence d'un résultat aussi compromettant, être admis à dire que le gage soit permis au mandataire ?

126. — On serait peut-être tenté de faire une double distinction, autorisée par les principes en matière de faillite et les règles admises en fait d'administration en général. L'article 446 Cod. C. statuant sur la validité des actes accomplis par le failli pendant ce que l'on appelle généralement la période suspecte, annule de droit les constitutions de gage faites pour dettes antérieurement contractées ; il permet au contraire de maintenir sous certaines conditions les nantissements concomitants à la naissance de la dette qu'ils doivent garantir. Décidant par analogie, on commencerait par mettre hors de discussion la nullité d'une constitution consentie après la dette contractée. La question ainsi restreinte aux nantissements dont le but réel a été de donner du crédit au mandant et faciliter par suite un emprunt jugé utile par l'administrateur, on sous-distinguerait suivant que l'emprunt lui-même serait ou non valable, ou en général suivant que l'opération à crédit, consentie sous la condition d'une constitution de gage préalable, devrait ou non être autorisée. On admet en général que l'administrateur peut emprunter pour les besoins et dans la limite de son administration. Or, qui veut la fin veut les moyens ; si donc on lui permet certains emprunts, c'est qu'il a le droit de prendre les mesures nécessaires pour y parvenir. Il n'y pas à raisonner à pari de ce que la loi décide en matière d'hypothèque ; celle-ci sans doute est prohibée même dans les limites où l'emprunt est permis. Or, dit-on,

1. Bruxelles, 8 janvier 1834.
2. Buchère : n° 404, cass. 1er juillet 1856 ; 4 avril 1866. Pont : Pet. contr. t. 2, n° 1151.

Digitized by Google

outre que cette solution n'était pas admise par Pothier et peut encore être discutée même aujourd'hui (1), il faut bien avouer que cette prohibition absolue est quelque peu dérogatoire. Car assurément l'hypothèque en elle-même n'est pas une aliénation dans le sens rigoureux du mot; et il a fallu des textes précis et multipliés pour nous faire accepter cette assimilation permanente entre la vente des immeubles et la constitution d'hypothèque. Ainsi pour que cette dernière, qui n'est en somme qu'un nantissement immobilier, rentrât dans la classe des actes d'aliénation, il a fallu des dispositions de loi expresses; ces dispositions manquent pour le nantissement mobilier. Il reste donc, comme sa nature l'exige, un acte d'administration; la prohibition générale de l'hypothèque ne fait qu'apporter en faveur de cette solution un argument nouveau.

Il faut bien en effet qu'il reste à l'administrateur un moyen de se procurer les deniers dont il a besoin ou d'obtenir de certains ouvriers ou fournisseurs le crédit qui peut être nécessaire. Ce moyen, et il n'en est qu'un seul, est le prêt sur gage. Les particuliers ne font d'avances que sur hypothèque, or elle est ici prohibée; restent les maisons de banque; mais elles ne prêtent que sur titres, dès lors si cette ressource lui est interdite, que lui restera-t-il? Rien. On le charge de la conservation des immeubles; et, s'ils tombent en ruine, qu'il ait besoin d'argent pour les réparer, on va jusqu'à lui permettre d'emprunter, faculté désormais toute platonique puisqu'on lui retire d'une main ce que l'autre lui accorde! On lui coupe les vivres : pendant qu'il cherchera vainement un prêteur n'exigeant aucune garantie, la propriété immobilière, attendant encore les réparations exigées, va peut-être tomber en ruines ou du moins se détériorer davantage. On cite des arrêts à l'appui de cette distinction (2).

127. — Nous déciderons au contraire que la mise en gage des valeurs mobilières sans distinction ne rentre pas dans les pouvoirs du mandant; s'il juge à propos de la faire, il n'agit plus que comme gérant d'affaires (3), et nous avons déjà pressenti l'intérêt de cette remarque. D'abord que la constitution de gage conduise à peu près fatalement à l'aliénation, c'est ce que reconnaît également la première opinion, puisqu'elle ne la permet que d'une façon avare et restreinte, et dans les limites seulement où l'emprunt est permis. Il est bon de rappeler en effet la vieille idée traditionnelle en vertu de laquelle la plupart des législations se sont toujours défiées plus encore des aliénations éventuelles que de celles qui se réalisent d'un seul trait.

1. Pothier, n° 160, Demenget — Mandat n° 170.

2. Demenget. Mandat, n° 170. Req. 5 mars 1850. D. 50, 1, 167. Rouen 12 avril 1845. D. 50, 2, 2, d° 26 août 1845. D. 50, 2, 3, d° 29 août 1849. D. 50, 2, 4.

3. Et encore sous les distinctions dont le principe sera posé plus loin, n° 151.

Digitized by Google

Ces dernières portent en elles-mêmes leur enseignement et ne dissimulent aucun danger. Les aliénations soumises à la condition d'insolvabilité à l'échéance paraissent au contraire supposer une hypothèse irréalisable. Quel honnête homme d'avance ose s'avouer à lui-même qu'il ne saura pas faire honneur à ses engagements ! On fait ainsi pièce de son crédit, on s'aveugle, on arrive à accumuler emprunt sur emprunt, l'un destiné à couvrir l'autre, et finalement il arrive toujours que quelques-uns des titres déposés en banque n'ont plus le droit d'en sortir. C'est en vue de ces considérations générales que la loi a partout et toujours interdit l'hypothèque là où l'aliénation n'était pas permise ; s'il en est ainsi des droits sur les immeubles, à plus forte raison ces dangers sont à craindre pour les meubles donnés en gage. L'hypothèque exige certaines formalités qui permettent et provoquent encore la réflexion ; la mise en gage d'un titre suppose un simple transfert en garantie s'il est nominatif, une tradition s'il est au porteur. Qui pourrait refuser une mesure si facile au prêteur qui l'exige, au vendeur qui met à ce prix le crédit qu'on lui demande, à l'ouvrier qui, avant de commencer les travaux commandés, veut s'assurer qu'ils pourront lui être payés ? Si donc on décide en principe que l'aliénation des valeurs mobilières est interdite, il faut, pour être conséquent, déclarer que l'aliénation plus dangereuse encore qui pourrait résulter d'un nantissement doit être prohibée. Le nantissement est à l'aliénation des meubles, ce que l'hypothèque est à celle des immeubles. Si le Code n'en prononce pas l'interdiction à propos de l'administrateur conventionnel, c'est pour la même raison qu'il garde le silence sur l'aliénation directe des meubles. Tout est corrélatif (1). Peut-être y avait-il aussi quelques distinctions relatives à l'engagement des meubles corporels ; le Code n'a pas voulu les aborder, pas plus qu'il n'a cru devoir régler en détail la question des aliénations mobilières pour chaque catégorie de meubles en particulier. On fait grand cas il est vrai de la situation quelque peu contradictoire de l'administrateur investi du droit d'emprunter et dépourvu, dit-on, de tout moyen d'en user. Cependant cette situation a été certainement acceptée par le Code, au cas où le mandant n'aurait que des immeubles. C'est qu'en effet hypothéquer un de ses biens, constituer un gage, c'est non-seulement faciliter une aliénation déjà à moitié réalisée ; c'est surtout exercer à l'avance un choix définitif relativement à l'exécution des dettes ; le titre remis en gage, c'est l'objet futur sur lequel se paiera plus tard le créancier au cas d'insolvabilité ; c'est sur lui que porteront ses mesures d'exécution, exécution prompte et rigoureuse, le plus souvent sans délai ni merci, nous l'avons vu en matière de commerce, et c'est toujours le cas pour les banquiers dépositaires des titres.

1. Pont. Petit. contr. t. 2, 4e, 1072.

Digitized by Google

Nous ne pouvons donc que tirer la conséquence de la décision précédemment donnée à propos de l'acquittement des dettes. L'administrateur n'a pas le droit, à l'échéance et encore moins à l'avance, de désigner le bien offert en sacrifice aux poursuites du créancier. D'ailleurs si les emprunts sont permis c'est à une condition, c'est qu'ils ne compromettront aucun droit d'une façon spéciale. Tant qu'ils portent sur l'ensemble du patrimoine, il est permis de croire que le mandant pourra à son gré prendre pour s'acquitter les mesures qu'il jugera convenable, mais on ne peut à son insu et pour l'avenir lui imposer l'obligation de subir tel mode d'exécution plus ou moins rigoureux qu'il n'aurait pas lui-même consenti. Si l'emprunt dans ces conditions devient difficile, l'administrateur trouvera dans les principes de la gestion d'affaires les pouvoirs qui lui manquent. Mais ce motif accidentel reste insuffisant pour valider l'aliénation éventuelle, comme toutes les raisons d'utilité ou d'urgence seraient incapables d'autoriser l'aliénation actuelle : la corrélation est exacte.

128. — Les arrêts invoqués n'infirment en rien ce système. On doit remarquer d'abord qu'ils se réfèrent à un cas spécial, celui du liquidateur d'une société de commerce ; il s'agit par conséquent d'un administrateur ayant reçu mandat dans un but déterminé et possédant les pouvoirs nécessaires pour le remplir. Il n'est plus question de continuer une gestion telle quelle, tout au contraire : mais de régler une situation obérée, procéder avant tout au réglement du passif et d'éviter les poursuites. Les mesures réclamées dans cette intention se trouvent rentrer dans la procuration du liquidateur : ce n'est plus le mandat indéterminé, c'est une sorte de mandat exprès. Nous ajouterons que dans le premier arrêt (5 mars 1850) le liquidateur exécutait un nantissement promis antérieurement par la Société elle-même et que dans le cas des autres il s'agissait de l'endossement d'effets de commerce à titre de propriété ou de garantie. Or nous avons dit que la nature de ces papiers commerciaux est essentiellement de servir à l'acquittement des dettes soit actuel, soit futur, c'est-à-dire soit à la garantie des obligations contractées. Nous ne faisons que poursuivre la corrélation, existant entre l'aliénation directe et la mise en gage. Dans les cas où la première est permise l'autre doit être tolérée ; et c'est ainsi qu'appliquant à notre hypothèse la distinction posée par les arrêts de la Cour de Bruxelles, nous reconnaîtrons avec les décisions de la Cour de Rouen que l'endossement de garantie fait par le commerçant de ses effets de commerce se trouve validé sans qu'il y ait exception au principe de l'article 1988.

129. — Le principe général établi, nous devons insister sur quelques points de détail. Remarquons d'abord combien la solution que nous avons combattue pourrait être grave au sujet des rentes sur l'Etat. Insaisissables de

Digitized by Google

leur nature, ces titres peuvent perdre ce privilège quand c'est le propriétaire lui-même qui s'en départit ; or en pareil cas l'administrateur, agissant comme son représentant, irait à son insu le dépouiller d'une des prérogatives les plus précieuses qu'il trouve parmi les droits composant son patrimoine, cela paraît bien inadmissible. Insistons enfin sur les difficultés sans nombre que présenterait la constitution de gage suivant les formes qu'elle revêt dans la pratique. Cette dernière se trouve en effet le plus souvent dissimulée sous les apparences d'un transfert de propriété, ceci afin d'arriver encore à simplifier davantage la constitution du gage. D'ordinaire le caractère véritable de l'opération est indiqué par une contre-lettre, quelquefois il reste indécis (1). Dans notre opinion qui est absolue, nous n'avons pas à nous préoccuper de la forme employée, mais peut-être devrait-il en être autrement dans le système opposé. Sans doute le mandant n'est pas un tiers ; il pourra invoquer la contre-lettre et restituer à l'opération son caractère réel ; mais le détenteur du gage tombant en faillite, ses créanciers ne pourraient-ils jamais prétendre être en droit de la méconnaître et par suite de se prévaloir du transfert à titre de propriété ? De plus la réalisation du gage échappera aux quelques garanties subsistant dans l'article 2078 et dans l'article 93 Code commerce. Ces dangers seraient peut-être de nature à faire hésiter nos adversaires même pour les cas exceptionnels où ils admettent que le nantissement rentre dans les attributions du mandataire. Mais il peut arriver que l'opération se trouve dissimulée d'une façon plus énigmatique encore et que son caractère reste indécis et puisse être toujours mis en question. On voit tous les jours les grands établissements de crédit recevoir les titres au porteur sur la remise d'un simple récépissé qui en constate le nombre et non des numéros, ou les titres nominatifs accompagnés d'une procuration en blanc qui leur permet d'en disposer ; de cette façon l'établissement devient propriétaire du titre qu'il a reçu et se constitue débiteur d'un titre semblable, au cas de remboursement à l'échéance. L'intention des parties a donc attaché un caractère de fongibilité aux titres remis en gage, telle est du moins l'opinion dominante, malgré un arrêt célèbre du 28 juin 1862 (2). Ici toute formalité protectrice a complètement disparu, et le débiteur, à le supposer solvable à l'échéance, est à la merci de l'établissement à son tour constitué débiteur du titre aliéné. Aussi même dans le système qui admet sous certaines conditions la constitution de gage par le mandataire, nous croyons qu'elle devrait lui être absolument défendue sous cette forme. Il est enfin un autre mode de nantissement susceptible de

1. Pont. *loc. cit.* tom. 2, n° 1151, *in fine*. Buchère, *loc. cit.* n° 404.
2. Cassat. Ch. crim. 28 juin 1862 aff. Mirès. D. 62, 1, 305 et suiv.

Digitized by Google

présenter quelques difficultés nouvelles, même dans notre opinion, c'est le report : nous devons par suite lui consacrer une étude plus détaillée.

130. — *Report et opérations de Bourse.* — Nous devons d'abord traiter du report en tant qu'il constitue une opération principale ; nous l'étudierons ensuite en tant qu'il se lie à une négociation antérieure commencée par le mandant. C'est d'ailleurs presque toujours sous le premier aspect qu'il doit être considéré par rapport à celui qui fournit les fonds, et que l'on appelle le reporteur ; mais il peut arriver qu'il en soit de même pour celui qui fournit les titres, et c'est le cas que nous devons supposer. On sait que tout le mécanisme de cette opération repose sur ce principe que la valeur réelle des effets de Bourse augmente progressivement à mesure qu'ils approchent de leur échéance ; celui qui les achète en effet acquiert le droit de toucher un trimestre, ou un semestre de dividendes, intégral ; il doit donc payer d'autant plus cher que plus longue est la période écoulée depuis l'échéance dernière et dont il bénéficiera, en profitant de la part de dividendes qui la représente. Si donc nous supposons que celui qui a des titres à sa disposition les vende au comptant et immédiatement les rachète à terme ; comme le prix du second marché sera, d'après ce que nous venons de dire, nécessairement plus élevé que le premier, il en résultera que, le terme échu, le capitaliste qui avait fourni le prix d'achat de la première vente, retirera, en échange des titres provisoirement entrés dans son patrimoine, son capital augmenté de toute la différence, souvent assez considérable, entre le prix au comptant et le prix à terme. L'opération aura consisté pour lui en un placement sur titre, qui, outre l'avantage d'un fort intérêt, aura eu celui de faire rentrer ses fonds dans un délai très rapproché et par suite de lui permettre de tirer profit de son argent pour un intervalle très court, c'est-à-dire dans des conditions où tout autre emploi eût été à peu près impossible. Si nous avions à parler de l'emploi des capitaux par l'administrateur, il n'est pas douteux que nous ne dussions lui permettre de placer de cette façon les deniers disponibles dans le patrimoine du mandant (1). Dans ce cas particulier, le report présenterait un intérêt tout spécial, en ce qu'il éviterait au mandataire la nécessité de recourir à un placement à long terme, et que ce dernier pourrait ainsi assurer au mandant de retour le remboursement presque immédiat de ses capitaux, pour être placés par lui conformément à ses besoins nouveaux et à ses désirs. Quant à celui qui fournit les titres, il peut arriver, quoique le cas soit rare, qu'il n'ait considéré le report que comme un emprunt sur gage. Il a un besoin d'argent immédiat, mais pour peu de

1. Voir un cas où cette opération ne lui serait pas permise. Infr. n° 133.

Digitized by Google

temps; il prévoit des rentrées prochaines qui lui permettront de libérer les titres exigés en garantie. Dés lors il vend au comptant et rachète les mêmes valeurs à terme; il peut se faire, et nous l'admettrons dans l'espèce, qu'il s'agit de véritables valeurs de placement; peu importe d'ailleurs qu'elles soient nominatives ou au porteur. Si dans ces conditions il avait eu recours à un emprunt ordinaire, il lui faudrait procéder, s'il s'agit de titres nominatifs, à la double formalité du transfert à deux époques que nous supposons devoir être fort rapprochées; puis les valeurs engagées d'après les règles du droit commun peuvent être vite exécutées; le report est une opération élastique que l'on peut proroger d'échéance en échéance, et, si, dès le premier terme, il est en mesure de rembourser le capital, les valeurs, ayant été rachetées par lui, se trouveront lui appartenir et rentrer de plein droit dans son patrimoine. On comprend donc que même pour le reporté cette opération puisse avoir constitué un acte isolé et indépendant de toute négociation principale, antérieure. Dans ces conditions, serait-elle permise au mandataire général? S'il livre ainsi pour les racheter aussitôt les titres du mandant, aura-t-il fait une de ces aliénations défendues par l'article 1988?

Nous sommes d'avis, avec la Jurisprudence, que cette opération ne doit pas être considérée comme le résultat de deux ventes en sens inverse, mais doit se résoudre en une véritable constitution de gage. Elle rentre donc par suite sous la prohibition dont nous avons frappé en principe la mise en gage des valeurs mobilières. Sans doute on a pu admettre que, bien que la propriété des titres, pendant un instant de raison, se fût déplacée et eût résidé sur la tête du reporteur, il n'en fallait pas moins appliquer les garanties de l'article 2078, au cas d'insolvablité du débiteur à l'échéance (1); il importe peu, puisque l'existence de ces formalités protectrices n'a pu nous empêcher de proscrire la mise en gage d'une façon générale. Quant à l'utilité particulière de l'opération, elle n'est jamais suffisante pour légitimer un acte en soi défendu; nous ne saurions donc accorder au mandataire général le droit de se livrer à des reports de Bourse sur les valeurs existant actuellement dans le patrimoine du mandant.

131. — La question est beaucoup plus délicate, si le report se présente comme opération subsidiaire, et comme la suite d'une négociation déjà commencée. On n'opère plus alors sur des valeurs en repos dans le patrimoine, mais bien sur des valeurs en cours de négociation, et dont la rentrée dans le patrimoine n'est rien moins que problématique. Nous faisons allusion à une hypothèse précédemment entrevue (2), celle où une opération de Bourse a été

1. Pont. L. 2. n° 1151, Req. 14 juil. 1857, 3 fév. 1862.
2. V. sup. N° 21.

Digitized by Google

entamée par le mandant et non menée à fin avant son départ, ou l'empêchement qui l'éloigne pour un temps de la gestion de ses affaires. Nous supposerons comme précédemment qu'il s'agit d'un marché à terme déjà conclu. L'acheteur en pareil cas a plusieurs ressources à sa disposition ; il peut sans doute à la liquidation lever les titres et les garder précieusement ; il peut aussi revendre à l'échéance sans permettre aux valeurs achetées d'entrer pour un seul instant dans son patrimoine, il peut enfin proroger sa situation d'acheteur, et repousser indéfiniment le règlement final de l'opération ; ce dernier, résultat, il l'obtient par le report ; enfin il est une quatrième alternative qui n'existe que pour certaines négociations spéciales, connues sous le nom de marchés à prime. L'administrateur aura-t-il le choix également entre ces divers procédés pour régler l'opération? Il est certain que le procédé normal sera d'accepter l'achat tel qu'il est, de retirer les titres et de les conserver. Cependant nous avons cru devoir pour un cas spécial lui concéder le droit de vendre les titres qui auraient fait l'objet du marché ; il nous reste à voir sous quelles conditions les deux autres ressources pourraient bien être permises.

132. — Dans le marché à prime l'acheteur se réserve le droit d'annuler le marché moyennant l'abandon au profit du vendeur d'une indemnité convenue à l'avance. Le but est ici de réserver à l'acheteur le droit de limiter sa perte. Lorsqu'au cas de dépréciation survenue, la différence entre le cours actuel et celui d'après lequel l'opération a été conclue dépasse le montant de la prime, l'acheteur a le plus souvent intérêt à abandonner la prime et rompre le marché, plutôt qu'à lever les titres. Si l'on ne peut pas dire en pareil cas qu'il aliène par là même un droit définitivement acquis, il faut reconnaître qu'il refuse de l'acquérir ; c'est pourquoi nous devons nous demander si cette renonciation doit être permise à l'administrateur général. En exerçant ce choix il fait acte de propriétaire et l'on pourrait croire que l'article 1988 le lui défend. Nous croyons cependant qu'il n'y a là qu'un acte d'administration qui ne dépasse en rien les pouvoirs du mandataire. Dans la rigueur exacte des principes, il nous semble faux de dire qu'en abandonnant la prime, il aliène un droit conditionnel ; car celui-ci ne devait appartenir au mandant que sous une condition dépendante de sa seule volonté ; et il n'y avait pas de raison *a priori* pour qu'il dût plutôt accepter ou refuser le marché ; les deux partis étaient graves et pouvaient être également funestes. Par suite l'acquisition des titres en cause était encore uniquement dépendante de la volonté de l'acheteur, et partant pas plus assurée que l'éventualité contraire. La vérité est que le choix reste entier, et qu'à l'échéance il faut se décider soit pour accepter les titres, soit pour les abandonner ; les deux alternatives impliquent l'une et l'autre la même plénitude de décision ; et quel

Digitized by Google

que soit le parti que prenne l'administrateur, il aura exercé un choix qui par sa nature semble rentrer dans les attributions du propriétaire ; s'il en est ainsi il n'est aucune raison pour que l'un d'eux lui soit imposé. Une option, quoi qu'il arrive, étant obligatoire, il faut bien que le mandataire la fasse, comme l'aurait fait le mandant lui-même. D'ailleurs les conditions originaires d'où dépend l'entrée même du titre dans le patrimoine du mandant, ne laissent ici aucun doute sur la destination spéciale du droit en cause. Les clauses du marché indiquent suffisamment que le titre ne devait être acquis à l'acheteur à supposer seulement que la revente immédiate ne dût pas lui être onéreuse. Dès lors le mode d'administration qui seul puisse convenir à une opération de ce genre est d'exécuter le marché d'après les conditions mêmes qui lui sont propres. Lorsque la baisse survenue est telle que la différence des cours est supérieure au montant de la prime, l'hésitation ne saurait donc être permise ; pour le mandataire le choix s'impose ; et ne pas lui permettre d'abandonner la prime serait exposer le mandant aux plus graves préjudices, aller contre le caractère et la nature même de la négociation par lui commencée et par conséquent faire une interprétation fausse de l'article 1988. Le mandataire devant continuer les affaires précédemment commencées suivant leur développement naturel, il devient évident que le droit de résoudre le marché rentre exactement dans ses pouvoirs d'administration.

133. — Cette question mise de côté, nous avons à nous demander s'il pourrait exercer le report des valeurs achetées à terme. Le report en pareil cas peut servir à deux buts fort distincts ; le premier sera de permettre au spéculateur à la hausse, cette dernière étant survenue, de réaliser son marché à l'échéance et de retirer les bénéfices de sa négociation ; le second serait de lui permettre, au cas de baisse, ou même dans tous les cas, s'il croit à une reprise des cours, d'ajourner à la liquidation prochaine l'exécution du marché. La première opération, comme nous allons le voir, se résume, en dernière analyse, en une vente à terme dont la réalisation devra s'effectuer en même temps que celle de l'achat primitif : les titres qui devaient provenir de ce dernier se trouveront ainsi vendus d'avance et le spéculateur n'aura en somme qu'à toucher la différence résultant de la variation des cours. La seconde consiste en un emprunt véritable, dont les titres achetés forment la garantie, et dont le remboursement, reculé à la liquidation suivante, fait que l'acheteur primitif conserve ce rôle à l'égard de celui qui est censé lui avoir fourni les fonds nécessaires à l'exécution du premier marché. Nous devons approfondir davantage le mécanisme de ces deux opérations distinctes afin de leur faire une application plus exacte de l'article 1988. Voici la première hypothèse : Le spéculateur, désireux de

Digitized by Google

trouver les fonds dont il aura besoin pour solder son marché à l'échéance, est vendeur à terme ; il lui sera facile de trouver acheteur, si nous supposons un possesseur de titres semblables qui veuille les employer en report. Celui-ci cherchant, il faut l'admettre, à conclure un emprunt à terme fort court, sera censé livrer ses titres et les racheter pour l'échéance prochaine. Le spéculateur, pour le payer, vendra les mêmes titres au comptant au premier capitaliste ayant des fonds disponibles et restituera à l'échéance ceux qui proviendront du marché primitif ; il recevra donc à ce moment la somme nécessaire à l'exécution de son marché accrue de la différence provenant de l'augmentation des nouveaux cours ; et en revanche les titres, au lieu de lui être livrés, seront censés devenir la propriété immédiate du reporteur, qui rentre ainsi à l'échéance en possession des titres dont il est supposé s'être dessaisi. L'intermédiaire des agents de change supprimant tous rapports entre les parties, l'opération se passera ordinairement de cette façon : l'agent de celui qui veut faire le report, fournira les capitaux et les transmettra à celui de ses clients qui lui a déposé des titres dans cette intention ; à celui-ci, il revendra à terme les mêmes titres au nom du reporteur, tandis qu'en réalité ceux-ci resteront provisoirement à sa disposition pour être réalisés et vendus au comptant.

Cet agent aura fait en somme une simple avance de fonds, et tout se traduira à l'échéance par un règlement de différences (1). L'acheteur primitif se trouvera donc avoir de cette façon aliéné ses titres d'avance et ne recevra en échange qu'une sorte de prime en argent. Le mandataire peut-il opérer cette transformation du marché précédemment conclu par le mandant ? Peut-être dira-t-on qu'il joue en pareil cas le rôle de reporteur et par suite n'excède pas ses pouvoirs (2) ; ce n'est pas lui en effet qui est censé fournir les titres, mais bien les fonds employés au report. Cela peut être vrai : aussi n'est-ce pas en tant que mise en gage des valeurs provenant du marché primitif que nous condamnerons ici l'opération, mais bien en tant qu'aliénation directe de ces mêmes valeurs. Les titres fournis au mandataire prennent un caractère de fongibilité immédiate, puisqu'il les revend aussitôt et se constitue débiteur à la place de ceux qui font l'objet du marché à terme conclu par le mandant ; ces derniers se trouvent substitués aux titres fournis par le reporté et de ce moment même directement aliénés ; les fonds employés au report proviennent d'avances, faites en vue seulement des valeurs à provenir du marché primitif ; et ceux que le mandataire est censé toucher à l'échéance ne sont pas autre chose que le prix donné en retour des mêmes

1. Bozérian. De la Bourse tom. 1. n° 92 et suiv. Cf. Buchère, *Trait. des op. de Bourse*, n°s 44 et suiv.

2. V. Supr. n° 130.

Digitized by Google

valeurs, qui aux termes purs et simples du contrat, auraient dû appartenir et être livrées au mandant. Le report en pareil cas aboutit incontestablement à une aliénation directe de valeurs mobilières; comme tel nous devons reconnaître qu'il excède les pouvoirs de l'administrateur général. Nous ne le lui permettrons qu'au cas exceptionnel où l'aliénation elle-même deviendrait, sous les conditions précédemment étudiées, un acte de simple administration.

134. — La seconde hypothèse ne constitue plus une aliénation directe, mais un report ordinaire, c'est-à-dire une simple mise en gage de valeurs mobilières. Le mandataire, prévoyant que l'exécution réelle du marché pourrait être ruineuse, et comptant d'ailleurs sur une reprise prochaine des cours, vend à fin courant les titres qui font l'objet du marché et les rachète à la liquidation prochaine; c'est bien lui cette fois qui fournit les titres, il est le reporté. Il emprunte de quoi payer l'achat primitif et d'avance constitue en gage les valeurs qui doivent en provenir. Ainsi donc vis à vis de celui qui est censé lui avoir fourni les fonds, il se trouve acheteur à terme des mêmes valeurs et débiteur du prix à la liquidation prochaine. En somme, il a payé à l'échéance la différence provenant de l'abaissement des cours et l'exécution du marché se trouve simplement ajournée. Peut-on dire qu'il y ait aliénation défendue par l'article 1988? On doit assurément reconnaître qu'il y a en pareil cas entre le report qui s'exerce subsidiairement sur des valeurs qui ne sont pas encore entrées dans le patrimoine, et le report principal qui a pour objet des titres définitivement acquis et assurés, une différence profonde. Ce dernier compromet au premier chef l'existence de valeurs que le mandant avait laissée en pleine sécurité, à l'abri de toute menace; aussi l'avons-nous prohibé. L'autre au contraire n'a pour effet que d'ajourner l'acquisition définitive de valeurs quelque peu problématiques et d'en remettre la prise de possession à une époque plus opportune. C'est un acte de bonne et simple gestion; c'est la dépendance naturelle de tout marché à terme. Que la mise en gage soit défendue quand elle porte sur des valeurs qui ne sont en rien menacées, cela peut être logique; mais ce qui ne l'est plus c'est prétendre que des titres déjà fort aventurés, des titres que l'on ne peut retirer faute de paiement, ne puissent répondre eux-mêmes, comme garantie valable, des fonds empruntés pour obtenir leur livraison; on ne fait en somme qu'acquérir, moyennant le paiement d'une prime, la faveur de reculer l'échéance. On ajouterait à ces considérations et aux développements qu'elles comportent l'exposition facile des inconvénients du système qui obligerait toujours le mandataire à l'exécution du marché, au risque d'y employer la fortune entière du mandant et de ruiner celui-ci entièrement. Ces inconvénients, à notre avis seront, sans aucun doute, absolument écartés par l'application à cette hypothèse de l'exception très large que nous avons admise

Digitized by Google

en matière de marchés à terme de sorte que nous n'apercevons plus de la solution proposée que les dangers qui subsistent sans retrouver les avantages qu'elle invoque. Ces dangers sont en effet fort sérieux.

Si les reports se renouvellent et que la baisse s'accentue, chaque échéance entraîne une perte nouvelle, et si, à toute extrémité, l'agent de change refuse d'avancer de nouveaux fonds, cet acheteur à perpétuité se trouve être définitivement exécuté, la ruine devient à coup sûr inévitable et sans comparaison plus désastreuse que la perte dont il était menacé à la première échéance. Mais en dehors de ces raisons qui ne sont en somme que des considérations en réponse aux considérations invoquées, c'est, à notre avis, une erreur juridique de prétendre que le report soit l'accompagnement obligé du marché à terme, et que celui-ci en implique la nécessité, comme le marché à prime la faculté d'abandon. Cette opération suppose uniquement que l'acheteur, ne pouvant s'exécuter que dans un délai prochain, a néanmoins voulu bénéficier des cours actuels qu'il suppose devoir être plus avantageux ; mais il n'est pas démontré en principe, et en dehors de circonstances que nous apprécierons, que, ses prévisions étant trompées, il veuille s'exposer à de nouvelles dépréciations ; et d'ailleurs si, malgré une baisse momentanée, il tient à prendre livraison des titres pour les conserver, l'abaissement des cours est pour lui sans importance ; la dépréciation des cours n'a d'intérêt que pour celui qui compte sur la revente des titres pour en payer l'achat ; elle est indifférente, à ce point de vue du moins, pour celui qui achète pour garder. Or, cette dernière destination n'est pas contredite par la nature seule du marché à terme ; le mandataire doit donc prendre celui-ci suivant son apparence juridique et sa destination naturelle, et il n'a pas le droit d'en changer le caractère en refusant de livrer les titres à l'échéance.

135. — Le report subsidiaire, comme le report principal, se trouve donc en principe excéder les pouvoirs du mandataire ; mais nous devons insister sur l'application à son égard d'une exception précédemment indiquée, et dont le report principal ne saurait être susceptible. Le marché à terme à lui seul ne suffit pas, avons-nous dit, pour indiquer que la destination des titres qui en sont l'objet soit d'être revendus à l'échéance ; le terme en effet peut être suffisamment motivé par l'échéance prochaine de capitaux actuellement indisponibles et dont l'acheteur voudrait s'assurer l'emploi aux cours du jour qui lui paraissent avantageux. Toute idée de spéculation immédiate peut avoir été étrangère à l'opération. Mais si cette raison n'existe plus, si dès maintenant il est certain que, le terme échu, l'acheteur n'aura pas en mains de fonds libres pour exécuter le marché, si par suite il est manifeste que le prix d'achat ne peut être réalisé qu'au moyen d'une revente immédiate, le marché à terme porte désormais sa marque indiscutable, il signifie : achat pour re-

Digitized by Google

vendre. La destination des titres est désormais indépendante de toute circonstance de fait vacillante ou arbitraire ; on ne peut supposer que l'acheteur en traitant sur un stock relativement considérable quand les fonds lui manquent, ait entendu sacrifier ses biens immobiliers pour réaliser un marché aussi excentrique ; si cette intention est invraisemblable, il reste l'hypothèse d'un emprunt. Or l'emprunt ordinaire n'est possible que si l'on peut fournir des garanties il s'en suit que les seules garanties qu'il ait vraisemblablement pu affecter à l'exécution du marché ne sont autres que les titres mêmes qui en font l'objet ; ou bien il a entendu les revendre d'avance pour s'assurer les fonds nécessaires et réaliser la différence, ou bien il a entendu les employer en report et les livrer, en quelque sorte à titre de gage, en échange des capitaux dont il a besoin, tout en conservant sa situation d'acheteur pour la liquidation prochaine. En pareil cas, cette double opération rentre vraiment dans les attributs nécessaires du marché à terme et constitue un des modes d'administration qu'il comporte comme son complément nécessaire. Le report, comme la vente à l'échéance, perd son caractère d'aliénation ; il n'est plus que le développement naturel d'une opération antérieurement commencée par le mandant, et nettement précisée ; le mandataire a tout pouvoir à l'effet de conclure l'affaire d'après sa destination naturelle et indiscutable. Le principe en lui-même ne saurait faire aucun doute.

136. — Le seul point délicat est de bien préciser la circonstance à laquelle nous attribuons le pouvoir de transformer ainsi le marché à terme de droit commun : Cette circonstance, nous l'avons nommée ailleurs (1), la disproportion entre la quantité des titres achetés et les capitaux disponibles dans le patrimoine du mandant au jour de la négociation et au jour de l'échéance. Ce qu'il est utile d'indiquer ici, c'est que nous supposons avant tout que cette condition n'enlève en rien, au marché à terme, son caractère d'opération sérieuse et valide. Il semble qu'on ait fait parfois de cette circonstance le criterium du jeu ou du pari ; il y a là une confusion qu'il importe de dissiper ; la jurisprudence qui, pour admettre l'exception du jeu, s'inspire aujourd'hui de toutes les circonstances de fait capables de lui fournir la preuve que les parties n'ont réellement pas eu l'intention sérieuse de réaliser le marché, a pu tirer son appréciation d'une considération analogue. Mais c'est qu'elle reconnaissait en pareil cas que les parties étaient vraiment dans l'impossibilité de livrer les titres ou l'argent (2). Or, telle n'est pas l'hypothèse que nous supposons. Nous ne prétendons pas que l'exécution du marché, si l'on voulait y procéder, dût consommer la ruine entière de l'ache-

1. Vid. supr. n° 121.

2. Cf. Cass. 9 mai 1859, 19 janv. 1860, 26 août 1868. Rej. 11 juil. 1870. Paris 29 janv. 1872, Trib. comm., Seine 15 avril 1859, Paris 2 mai 1869, 11 févr. 1870.

Digitized by Google

teur, ou même fût complètement impossible; nous supposons seulement qu'elle ne correspond pas à la quotité des capitaux libres; elle exigerait dès lors, pour qu'elle pût se réaliser, la saisie ou la vente des autres biens composant le patrimoine, peut-être un emprunt forcé intervenant dans des conditions difficiles ou relativement impossibles, en un mot rien n'a été préparé pour l'accomplir; exécuter immédiatement serait une surprise pour le mandant, et le mandataire n'a pas qualité pour la lui infliger. L'appréciation de cette circonstance sera donc souvent une question de fait laissée aux tribunaux; et ceci n'a rien d'étonnant, car tel est le propre du marché à terme; c'est d'être une forme élastique sous laquelle peuvent se cacher les caractères les plus divers et la jurisprudence a toujours eu pour les découvrir la plus grande liberté d'appréciation. On peut dire qu'il peut comprendre trois opérations distinctes : l'achat ordinaire dont l'exécution seule est retardée, c'est le droit commun, l'achat destiné à la spéculation, c'est l'hypothèse que nous supposons en ce moment, enfin le jeu ou le pari. — D'ailleurs la tendance est aujourd'hui de se montrer de plus en plus difficile pour admettre cette dernière solution; on propose même de ne plus la reconnaître qu'au cas à peu près introuvable où il serait prouvé que dès l'origine les parties auraient renoncé à l'exécution du marché (1). Par conséquent plus la jurisprudence recule sur ce terrain, plus il y a nécessité d'admettre la solution que nous avons proposée; tous les marchés à terme qu'elle qualifiait jadis de jeux ou paris et auxquels elle restitue le caractère d'opérations sérieuses, rentrent forcément, sans discussion et sans arbitraire, dans ceux de la deuxième catégorie et personne ne pourrait nier que les valeurs sur lesquelles portent de semblables négociations ne fussent marquées d'avance du signe de la spéculation. Ainsi donc spéculation d'un côté, jeux ou paris de l'autre, ce sont là deux faits absolument distincts et que l'on a trop souvent confondus; l'un est absolument licite, l'autre seul est défendu. La première consiste à acheter avec l'intention manifestée de revendre à première occasion, peut-être même dès l'échéance, l'opération n'en est pas moins sérieuse; le jeu consiste à se servir uniquement du nom d'achat ou de vente pour faire un simple pari sur la baisse ou la hausse des valeurs. Les affaires de spéculation étant licites, et une fois supposées reconnues aux caractères que nous avons indiqués, il est certain que le mandataire doit les prendre pour ce qu'elles sont et les continuer suivant les procédés qu'elles exigent. Car il doit appliquer à chaque affaire précédemment commencée la gestion propre qui lui convient. Or, il est certain que dans le cas spécial que nous avons décrit, le seul réglement avantageux et possible du marché à terme

1. *Rev. crit.* 1882, p. 476 et seq. Rapport de M. Lyon-Caen.

Digitized by Google

est le report ; le mandant eût assurément agi ainsi ; le contraire eût formé l'exception, dès lors pourquoi réduire l'administrateur aux actes d'exception ? Pourquoi ne lui donner pouvoir que pour nuire au mandant ? Ne serait-ce pas retourner la règle de l'article 1988 ? Il ne faudrait pas objecter surtout que le report vient transformer le marché en une pure opération de Bourse et que le mandataire n'a pas le droit d'entamer des opérations de ce genre sans pouvoir exprès du mandant. Cet argument n'aurait de valeur que si le report en lui-même suffisait pour donner à l'opération le caractère de jeu ou de pari, ce qui n'est pas (1). Il indique seulement en pareille matière qu'il ne s'agit pas d'une affaire de placement, et c'est précisément ce que nous avons reconnu. Ce n'est pas le report qui imprime à l'opération son caractère de spéculation, c'est au contraire ce caractère préexistant et manifeste qui autorise le report. Ce dernier en un mot est permis dans tous les cas où nous reconnaissons au mandataire le droit de vendre à l'échéance.

137. — Pour résumer nos explications sur ce sujet, nous dirons que le report, en tant qu'opération principale, est toujours et sans exception en dehors des pouvoirs de l'administrateur, parce qu'il constitue une véritable constitution de gage portant sur des valeurs définitivement acquises au mandant. En tant qu'opération subsidiaire se rattachant au marché à terme, le report est en principe également prohibé, quel que soit le but qu'il ait en vue. Lorsqu'il consiste seulement à procurer au mandataire, représentant de l'acheteur, les fonds nécessaires pour exécuter le marché à l'échéance, la prohibition résulte de ce qu'il aboutit à l'aliénation directe des valeurs qui font l'objet du marché primitif. Lorsqu'il a pour but de proroger la situation préexistante, il constitue une sorte de mise en gage des valeurs qui ne sont pas encore entrées dans le patrimoine, il semble avoir pour but d'éviter une réalisation inopportune ; à ce double titre on pourrait le croire permis au mandataire : nous n'avons pu l'admettre cependant, car il renferme encore de réels dangers et détourne en principe l'opération de son but naturel et de sa destination juridique apparente. Enfin pour ces deux cas de report subsidiaire, nous avons dû admettre la même exception que pour la vente des titres provenant du marché à terme ; nous avons pensé qu'il se trouve devenir un acte de véritable administration quand le marché, portant sur une quantité de titres en proportion évidente avec les capitaux disponibles, affiche par là même son caractère indiscutable de spéculation, et réclame en conséquence les mesures nécessaires au succès des résultats qu'il a en vue.

138. — La forme du titre n'apporte aucune dérogation spéciale aux règles

1. Cf. Cass. 18 juin 1872, Sir. 73, 1, 19. J. p. 73, 28 et la note. Cass. 19 déc. 1881. Sir. 82, 1, 262. Cf. Ruben de Couder. *Dictionnaire de dr. comm., etc.*, tome 6, V° Report, n° 62 et seq. Mollot. *Bourses de comm.*, n° 490.

Digitized by Google

que nous avons indiquées ; d'ailleurs la plupart des opérations précédemment étudiées ne se font que sur des valeurs au porteur. Il faut même dire que la mise en gage de titres de cette espèce doit être encore plus sévèrement interdite au mandataire ; car elle rend à peu près inefficaces toutes les garanties et formalités qui de droit commun peuvent encore protéger dans une certaine mesure la constitution ou la réalisation du gage. La jurisprudence avait même longtemps hésité sur le point de savoir si les formalités de l'article 2074 devaient s'appliquer au gage ayant pour objet des titres de cette espèce. S'appuyant sur l'article 2084 pour recourir aux articles 136 et suivants du code de commerce, elle se contentait en toutes matières d'un simple endossement. Aujourd'hui elle paraît fixée et applique en matière de gage civil l'article 2074 quelle que soit la forme du titre (1). Mais le fonctionnement de l'article 2279 ne rend pas moins très périlleux le dessaisissement par le débiteur des titres au porteur remis au créancier ; ce dernier peut même à l'échéance en revendiquer pour lui-même la propriété et prétendre n'être débiteur que d'une égale quantité de titres semblables, comme on l'a vu dans l'affaire Mirès (2). Pour toutes ces raisons, nous ne pouvons qu'insister encore sur la prohibition que nous avons prononcée en principe contre la constitution de gage effectué par le mandataire. Le seul point délicat pourrait se présenter peut-être au sujet d'un nantissement à peu près spécial aux titres au porteur et qui ne se présente qu'en matière de bourse, la couverture. C'est un dépôt en argent ou en valeurs qu'un client fait entre les mains de son agent de change pour lui assurer le paiement des différences dont il pourra se trouver comptable envers celui-ci. On a fort discuté le caractère même de cette remise pour le cas où l'opération principale se trouvait déniée en justice, et reconnue pour n'être autre chose qu'un simple pari sur le fondement duquel ne pouvait se greffer aucune obligation civile. Si donc cette remise était un gage, elle se trouvait annulée ; si elle était un paiement anticipé, la répétition devait en être refusée au client, malgré le vice purement juridique de l'obligation qui lui servait de cause (3). Quoi qu'il en soit, le mandataire n'ayant jamais le droit d'entamer aucune opération de Bourse pour le compte de son mandant, la couverture qu'il aurait donnée pour une affaire de ce genre serait toujours nulle en tout état de cause ; la difficulté ne pourrait s'élever qu'à l'occasion du report, pour le cas exceptionnel où nous l'avons admis. Le mandataire voulant reporter le marché

1. Cass. 19 juin 1860, Rouen 24 janv. 1861. Cass. 30 nov. 1864, 27 nov. 1865.
2. Sir. 62. 1. 625.
3. Jeannotte Bozérian n° 307 et suiv. Mollot n° 155 et suiv. Dalloz. J.G. 5. V° trésor publie n° 1417.

Digitized by Google

primitivement conclu par le mandant, l'agent de change exige qu'il dépose entre ses mains des valeurs pour une somme suffisante à le garantir contre les fluctuations des cours et assurer le paiement des différences qui pourraient de nouveau lui être dues à l'échéance prochaine. Le mandataire peut-il, en sa qualité de représentant du mandant, lui remettre les titres démandés ? Nous ne le croyons pas; nous avons dû lui défendre la mise en gage, même au cas d'emprunt toléré; c'est ici la même hypothèse.

Doit-on considérer la couverture comme un paiement anticipé ? cette manière de voir ne changerait rien à la solution précédente, puisque l'aliénation des valeurs mobilières n'est pas admise même pour l'acquittement des dettes. Il n'y aurait exception possible que pour les coupons au porteur et encore pourrait-on soutenir que ceux-ci ne sont pas destinés au paiement de dettes éventuelles et fort aventurées. Nous n'irions cependant pas jusque là. Nous croyons que ces coupons pourront être valablement remis à titre de couverture, lorsqu'ils seront destinés à garantir un report permis. En employant d'autres titres et valeurs l'administrateur excéderait ses droits et ne pourrait plus invoquer que les principes de la gestion d'affaires.

139. — 2° *Conversion de titres.* — La loi du 23 juin 1857 dispose dans son article 8 que, dans les sociétés qui admettent la forme au porteur, tout détenteur d'actions ou d'obligations a toujours la faculté de convertir ses valeurs nominatives en titres au porteur. La même faculté avait été en principe également concédée aux titulaires des rentes sur l'Etat, sauf exception pour certains incapables, par l'ordonnance du 29 avril 1831 et le décret du 18 juin 1864. Cette faculté est assurément fort légitime quand elle doit être exercée par le titulaire du droit soumis à la conversion ; car il est toujours libre de choisir entre les deux formes légales que son titre peut revêtir. Il peut renoncer aux garanties de conservation et de stabilité que son titre lui offrait, pour lui assurer les avantages, quelquefois périlleux, d'une plus grande facilité d'aliénation (1). Ceci le regarde et ne regarde que lui. Mais son mandataire a-t-il le même droit, a-t-il ce pouvoir surtout quand l'aliénation lui est refusée ? Peut-il en pareil cas exposer le mandant à tous les dangers précédemment signalés de la forme au porteur, n'ayant pas le droit de le faire bénéficier des avantages qu'elle comporte, et qui tous se réfèrent à un acte à lui défendu, l'aliénation ? Ces considérations graves en elles-mêmes, ces dangers, ont vivement ému la pratique dans les cas où la conversion était demandée par les incapables ou par les administrateurs légaux. Les grandes compagnies industrielles voulurent s'opposer à la conversion qui leur était demandée; les titulaires, femmes séparées, ou tuteurs au nom de leurs pupilles, in-

1. Cf. Note de M. Lyon-Caen sur l'arrêt du 12 juillet 1869, J. du Palais, 69, p. 1268.

Digitized by Google

voquèrent le droit que leur donnait la loi de 1857. Les tribunaux donnèrent raison aux incapables (1). Le premier monument de jurisprudence relatif à cette question fut relatif à la femme séparée; la question se présenta plus tard à propos du tuteur. La Chambre des notaires fit entendre alors ses légitimes préoccupations. MM. Josse et Jozon publièrent sur la matière une consultation qui concluait contre le droit de conversion. Les compagnies désireuses de provoquer une solution définitive, s'étaient pourvues en cassation ; la Cour suprême se décida encore, contre l'opinion de M. Jozon, en faveur du droit de conversion (2). Depuis elle a confirmé à nouveau cette doctrine (3). La jurisprudence tout en reconnaissant les dangers de cette mesure, tout en la déplorant peut-être, était d'avis que la conversion par sa nature était un acte de simple administration et que l'intervention législative pouvait seule les défendre aux incapables ou aux administrateurs légaux.

140. — Depuis, une loi récente est venue répondre partiellement au moins à cette attente. La loi de 1880 qui traite des pouvoirs du tuteur relativement aux valeurs mobilières qui appartiennent au pupille, déclare dans son article 10 que la conversion est soumise aux mêmes conditions et formalités par l'aliénation. Le projet de loi, tel qu'il avait été proposé par M. Dufaure, et l'interprétation qu'en donnèrent plus tard les rapporteurs au Sénat et à la Chambre, tendaient même à étendre la portée de cette disposition bien au delà du cadre pour lequel la loi était faite. L'article 4 du projet portait en effet. « La conversion en titres au porteur est assimilée à l'aliénation. » C'était presque une définition *ex professo* destinée à fixer la nature de la conversion en général. M. Dufaure, dans son rapport, confirmait d'ailleurs cette manière de voir. Après avoir reconnu qu'on ne pouvait songer à étendre la loi aux autres mandataires ou incapables, il ajoutait : « Ce qui importe, c'est de rendre impossibles les aliénations détournées, toutes les fois que la loi interprétée par la jurisprudence interdit la transmission directe ou l'assujettit à certaines formalités. L'article 4, conçu dans des termes généraux, arrêtera tous ceux qui n'ontpas des pouvoirs de disposition absolus, en assimilant à une aliénation la conversion en titres au porteur (4). » Le rapporteur du nouveau projet, M. Denormandie, exprima la même pensée devant le Sénat ; et à la Chambre des députés, M. Jozon fut plus explicite encore (5). A lire ces différentes interprétations de l'article 10 de la loi actuelle, il semble que notre question soit définitivement tran-

1. Paris 12 juil. 1869. Rej. 8 février 1870.
2. 11 déc. 1871.
3. 3 fév. et 8 avril 1 73.
4. Proj. de loi : 12 janv. 1878. Exposé des motifs, *J. off.* 27 janv. 1878. n° 5.
5. Rap. de M. Denormandie, du 2 avril 1878. J. O. 7 mai 1878, n° 215. Rap. de M. Jozon 9 mai 1879. J. O. 7 avril 1879. n° 1314.

Digitized by Google

chée, et ne doive plus s'élever. Telle n'était pas cependant l'opinion générale.

141. — Il n'est pas inutile de remarquer tout d'abord que les rédacteurs de la loi nouvelle comprenant ce qu'avait d'insolite la formule abstraite et générale de l'article 4 du projet, ont rédigé d'une façon toute différente, en le restreignant purement et simplement à la tutelle, l'article 10 de la loi actuelle. M. Dufaure lui-même semble bien s'être mis en contradiction sur ce point avec l'appréciation très précise qu'il donne des limites exactes et de la portée de la loi. On ne peut toucher aux autres cas d'administration, semble-t-il dire, car ils peuvent différer de la tutelle par leur origine, leur principe et leur but; et cependant il ajoute : la conversion pour tous sera un acte d'administration. Ces deux propositions sont donc inconciliables. C'est en effet une vérité banale que l'aveu des différences profondes qui, au point de vue des actes mixtes et douteux par leur nature, séparent les diverses administrations légales. Ce qui pour l'une peut être considéré comme un acte de disposition peut n'avoir plus ce caractère rigoureux pour les autres et réciproquement. Si donc on prétend vouloir rester étrangers aux difficultés d'appréciation que soulèvent ces hypothèses diverses, et ne pas toucher aux limites séparatives que la jurisprudence laisse parfois un peu flottantes entre ces terrains si rapprochés, on s'interdit par là même le droit d'imposer à un acte, susceptible d'être envisagé différemment selon les cas, un caractère absolu et uniforme pour tous. Ainsi le but général et certain des rédacteurs de la loi condamne l'application particulière qu'ils prétendraient en faire ici à des matières qu'elle n'a pas voulu, qu'elle n'a pas pu régler. C'est qu'en effet il faut aller jusque là ; non seulement la loi, étant spéciale dans son objet, n'a pas eu l'intention de toucher d'une façon générale aux cas qu'elle n'avait pas mission d'aborder, mais elle ne le pouvait même pas. Car les limites que le législateur a tracées, avant de descendre dans la réglementation détaillée de la matière qu'il doit traiter, sont comme les frontières même d'une constitution qui désormais s'impose au législateur lui-même ; il ne peut les étendre qu'en modifiant le but général auquel il avait mission de pourvoir par la loi proposée ; mais en principe il ne peut, à propos d'un cas spécial, glisser, comme par surprise, des règles absolues susceptibles de modifier toute autre matière sur laquelle son attention n'a pu être appelée d'une façon suffisante et qu'il ne s'était pas donné mission de régler. Donc la question tranchée par la loi de 1880, à propos du tuteur, reste entière pour tous les autres administrateurs. Aujourd'hui comme autrefois, nous avons encore le droit de nous demander en nous plaçant uniquement en présence de l'article 1988 quel est le caractère véritable de la conversion au point de vue des pouvoirs des administrateurs du bien d'autrui (1).

1. Cf. Buchère. Commentaire de la loi de 1880 : *Contra*, n° 76, p. 70. M. Bufnoir à son

Digitized by Google

142. — Un premier, certain à notre avis, c'est que la conversion doit être permise aux administrateurs qui auraient le droit d'aliéner les valeurs mobilières. Peut-être aurait-on pu en douter ; bien qu'en pareil cas l'aliénation qu'elle facilite ne doive plus être entravée, il reste encore suffisamment de causes de suspicion, fort étrangères à la faculté de négociation, et susceptibles de mettre l'administrateur en garde contre la forme au porteur. D'abord les conditions de l'aliénation elle-même laisseront peut-être le propriétaire quelque peu à la merci de son représentant ; puis, si elle ne doit pas être imminente, tous les dangers ordinaires de perte ou de disparition vont planer dans l'intervalle sur les valeurs qui lui appartiennent ; le mandataire peut disparaître lui-même, il peut mourir, ses héritiers confondre tous les titres trouvés dans son portefeuille et opposer l'article 2279 au mandant qui viendrait agir en revendication de ces titres au porteur (1). Il n'importe ; celui qui a le droit d'aliéner, a les pouvoirs nécessaires pour conclure la vente sous les conditions les plus avantageuses et il doit avoir toutes facilités pour y parvenir. La question n'a donc d'intérêt pratique que pour les cas où l'on ne reconnaît pas aux administrateurs le droit d'aliéner les valeurs mobilières.

143. — Or, ce qui, à notre avis, infirme quelque peu l'autorité des décisions de jurisprudence qui rangent la conversion parmi les actes d'administration, c'est que jusqu'ici elles n'ont tranché la question que par rapport à des personnes à qui elles reconnaissaient au moins partiellement le droit d'aliéner les valeurs mobilières. La première fois que les Cours furent appelées à statuer sur la question, elles en étaient encore au système des arrêts de 1855 sur les pouvoirs restreints du tuteur, et c'est en se basant sur cette théorie, qu'elles lui refusèrent le droit de procéder à la conversion.

Or, le tribunal de la Seine et la Cour de cassation en décidant au contraire dans le sens opposé, déclarèrent hautement la prétention d'opérer une volte-face complète, et posèrent d'abord en principe le droit absolu du tuteur, d'aliéner seul les meubles incorporels. Ce n'est ensuite que comme corollaire, et en tant qu'application de ces larges pouvoirs, qu'ils admirent dans l'espèce soumise à leur décision, la faculté pour le tuteur de convertir les valeurs nominatives en titres au porteur. Il est vrai que la Cour

cours. — Sans doute, dit l'éminent professeur, l'art. 10 n'a pas pour objet de défendre la conversion à tous les incapables et administrateurs légaux, puisque cette prohibition dépend du point de savoir si l'aliénation leur est permise, et que cette question, la loi de 1880 n'a pas eu pour mission de la trancher en dehors de la tutelle ; mais il a voulu assimiler la conversion à l'aliénation, en ce sens que désormais quiconque sera reconnu incapable d'aliéner ne pourra convertir. — Cependant cette opinion, n'ayant pu encore acquérir droit de cité en jurisprudence, il est donc indispensable de discuter en elle-même la nature juridique de la conversion, indépendamment de l'interprétation législative qu'en a faite la loi de 1880.

1. Cf. M. Léon Michel, *loc. cit.*, n° 36, *in fine*.

Digitized by Google

prenant la question de plus haut, semble avoir voulu déclarer d'une façon générale que la conversion n'est qu'un acte d'administration par sa nature. Mais la valeur de cette appréciation se trouve exactement précisée, par l'opinion même que la jurisprudence se faisait alors de l'administration tutélaire ; pour elle le mandat du tuteur n'était plus restreint aux limites fondamentales de l'article 1988, il comprenait tout ce que le Code ne lui avait pas expressément interdit. On comprend à ce point de vue, que la conversion ait pu rentrer aisément dans les actes de simple administration ; mais cette définition toute relative devait être restreinte à la tutelle, comme nous l'avons vu en sens inverse, pour la disposition plus rigoureuse de la loi de 1880. Relativement à la femme mariée, l'arrêt de 1869 avait été au contraire beaucoup plus explicite ; il semble avoir, à l'encontre de la corrélation jusque là observée entre le droit d'aliéner et celui de procéder à la conversion, établi entre ces deux pouvoirs distincts une opposition manifeste. Il commence en effet, par faire de l'article 1449, une interprétation restrictive et par refuser à la femme le droit absolu d'aliéner ses valeurs mobilières ; cette base établie, il lui accorde le droit de procéder à la conversion ; parce que, dit-il, ce n'est pas là une aliénation, mais un simple privilège attaché à la nature même du droit et dont la femme séparée peut user en vertu de ses pouvoirs de libre administration. Et cependant, ici même, malgré les considérants d'apparence si formelle de l'arrêt auquel nous faisons allusion, il n'est pas absolument certain que la Cour ne se soit pas uniquement référée à l'administration particulière de la femme qu'elle qualifie, avec la loi, de libre administration. D'ailleurs par deux fois, l'arrêt, se contredisant presque lui-même, suppose chez la femme le droit d'aliéner le titre après l'avoir converti : c'est qu'en effet si ce droit d'aliénation peut subir de la part de certains interprètes quelques restrictions un peu hasardées, il ne peut être totalement supprimé ; tous reconnaissent qu'il appartient à la femme dans une mesure minimum, qui ne laisse pas d'être encore d'une véritable importance. Dès lors, on peut penser que la Cour, respectueuse de ce droit d'aliénation au moins partiel qui appartient à la femme, n'ait pas cru possible de restreindre dans une exacte proportion le droit de conversion qu'elle ne pouvait lui refuser entièrement ; et que, par suite, acculée à la nécessité du tout ou rien, elle ait dû concéder sur ce point les plus larges pouvoirs, pour ne pas s'exposer à méconnaître le droit certain que la femme tient de l'article 1449. Ici encore, le droit partiel d'aliéner les valeurs mobilières a dû entraîner le pouvoir général de les convertir. Nous avions donc raison de dire que la jurisprudence avait été dominée surtout par la capacité ou les pouvoirs très larges du tuteur ou de la femme mariée et qu'il résultait de l'ensemble de ses décisions, à l'encontre même de ses affirmations, qu'elle avait dû recon-

Digitized by Google

naître l'alliance étroite presque indissoluble existant entre ces deux faits : pouvoir d'aliéner et droit de convertir ; prohibition d'aliéner et impuissance de procéder à la conversion (1).

144. — C'est qu'en effet ce rapport ne saurait être détruit : il dérive de la nature des choses. A prendre le mot aliénation dans son sens strict de transmission de droit d'une personne à une autre (*alienum facere*), il est assurément faux de prétendre que la conversion soit une aliénation. Tout effort pour arriver à cette assimilation n'aboutirait qu'à de pures subtilités. Le droit, quelle que soit la forme du titre, appartient encore sans aucun doute au même titulaire ; le rapport qui existait entre celui-ci et le débiteur ne s'est pas encore déplacé ; mais ne s'est-il pas au moins altéré ? La transmission n'est pas encore opérée ; mais n'est-elle pas préparée ? D'ailleurs nous savons que la loi en opposant les actes de disposition à ceux d'administration n'a pas entendu seulement prohiber les négociations qui auraient pour but de faire sortir un droit du patrimoine : mais interdire toute mesure qui pût avoir pour effet de l'amoindrir, de lui enlever ses propriétés essentielles.

Nous l'avons vu pour la mise en gage, nous l'avons vu pour l'hypothèque : Ont-elles donc pour effet de consommer l'aliénation ? Nullement, mais elles la préparent, elles la rendent possible et vraisemblable, cela suffit. Le mot aliénation, pris dans son sens rigoureux, est donc incapable de correspondre à la distinction de la loi ; il y a plus, il n'est pas dans la loi ; celle-ci s'en est défiée, le trouvant tantôt trop large et quelquefois trop étroit. L'article 1988 emploie une expression plus précise sous sa vague apparence, il défend à l'administrateur les *actes de propriété*. Il ne s'agit plus dès lors de savoir si la conversion renferme ou non une transmission de droit, mais si elle est un de ces actes qui impliquent une volonté souveraine, qui n'appartiennent en principe qu'au propriétaire et dont l'exercice ne doit être reconnu chez autrui qu'en vertu d'une concession précise et expresse. Cet acte est-il de ceux qui opèrent ou facilitent la transformation du droit auquel ils s'appliquent, qui en compromettent l'existence ou en font disparaître les attributs essentiels, cet acte est bien de ceux que le propriétaire a entendu se réserver à lui seul, ce n'est plus un acte d'administration.

145. — Ainsi posée, la question n'est pas douteuse. Le droit, sous la forme qui lui avait été donnée, attestait son propriétaire, il ne pouvait appartenir qu'à lui seul ; désormais au regard de la compagnie débitrice il n'appartient plus nommément à personne. C'est un pur fait, la détention, qui le conserve dans le patrimoine dont il faisait partie ; un pur hasard peut

1. Cf. Paris, 19 août 1870 (arrêt cité par Jozon).

Digitized by Google

l'en faire sortir, et en dépouiller le propriétaire à son insu ; dans ces conditions peut-on dire que la nature du droit n'est pas altérée, et que le lien qui unissait primitivement le créancier au débiteur soit encore le même ? A coup sûr il n'est plus aussi serré, il en est de lui comme d'une attache que l'on ne tiendrait plus à la main, mais devenue flottante, et dont le premier venu pourrait se saisir. Si au point de vue juridique le titre nouveau reste un droit propre, non atteint du caractère de fongibilité, cela est-il vrai encore en ce qui concerne sa transmission ? L'administrateur pourra le faire disparaître à peu près aussi facilement que s'il s'agissait d'un billet de banque ; désormais les garanties spéciales entrevues et recherchées par le propriétaire se trouvent avoir disparu. L'option faite par ce dernier entre les deux formes que lui présentait la loi, a marqué avec évidence la destination qu'il voulait donner au titre dans son patrimoine. Cette destination, c'est un des principes que nous avons posés, le mandataire doit la respecter ; tout acte qui lui serait contraire irait manifestement à l'encontre de la volonté supérieure devant laquelle le droit de l'administrateur doit s'incliner et s'arrêter. D'ailleurs quel est le but, le seul, que celui-ci ait pu vouloir atteindre en dépouillant le titre de sa forme primitive ? Ce ne peut être que l'aliénation ou la mise en gage ; or elles lui sont défendues. Quel intérêt reste-t-il à lui laisser le droit de conversion ? L'avantage tout platonique d'user du privilège de la loi de 1857 ; assurément c'est avoir pour la lettre de la loi un respect profond ; mais la conséquence, à n'en pas douter, sera que la forme primitive paraissant gênante, on aura voulu s'assurer les moyens de tourner la loi qui s'oppose à la négociation. Si donc la loi, après avoir fait de l'aliénation directe une prohibition formelle, autorise ensuite une aliénation détournée, il n'y a plus qu'à demander que le Code pénal permette de laisser ouvertes les portes des prisons en priant les condamnés d'être assez honnêtes pour n'en pas sortir.

146. — L'arrêt de la Cour de Paris de 1869 a paru, il est vrai, fort touché du droit conféré au porteur d'actions ou obligations par la loi de 1857. C'est un privilège qui est attaché au droit lui-même ; tel est pour celui-ci le mode de gestion admis par la loi qu'il puisse toujours se prêter à volonté aux avantages successifs des deux formes créées pour les titres et valeurs ; user alternativement et selon l'occasion de cette préférence, c'est affaire d'administration. Que ce droit ait été donné par la loi de 1857 à tout propriétaire de titres, c'est incontestable, ce qui n'implique nullement cette conséquence que pareil droit ait été transmis à l'administrateur. C'est la question qui seule ici nous occupe, et la loi de 1857 lui est à coup sûr étrangère. Quant à dire que cette faculté étant inhérente à la possession

Digitized by Google

du titre, elle rentre dans le mode d'administration qui lui est propre, c'est encore résoudre la question par la question.

Tout ce qu'indique la loi de 1857 c'est que le propriétaire avait l'option entre les deux formes ; mais le choix une fois déterminé par lui, le mode d'administration ainsi fixé par sa volonté souveraine, quels seront les pouvoirs suffisants, quelle sera la capacité nécessaire pour revenir sur cette destination première et détruire toutes ces garanties précieuses dont le titre se trouvait entouré? Voilà ce que la loi de 1857 ne dit certainement pas : ou plutôt voilà ce qu'elle semble dire dans un sens tout opposé à celui qu'on lui prête. Son article 8, en effet, soumet la conversion au droit de transmission, ce qui constituerait sans aucun doute, n'était-ce qu'il fut question d'une mesure fiscale, une reconnaissance directe du caractère que nous avons attribué au droit de conversion. Mais si l'article 8 de la loi de 1857 ne suffit pas, et pour cause, à cette démonstration, il est d'autres dispositions législatives qui suppléent amplement à l'autorité qui lui manque.

147. — L'ordonnance du 29 avril 1831, article 9, et le décret du 18 juin 1864, qui consacrent et réglementent l'admission de la forme au porteur pour les rentes sur l'État, défendent expressément que pareils titres soient délivrés aux incapables ou aux administrateurs légaux. La conséquence est que, pour ces derniers, la conversion, en ce qui concerne les titres de rente, est certainement interdite. On a prétendu alors se servir de ces textes formels, comme d'une formule restrictive, pour permettre la conversion des autres titres et valeurs industrielles dont il n'est pas parlé. Un acte d'administration, par sa nature, ne peut être, a-t-on dit, érigé à la qualité d'acte de disposition qu'en vertu d'un texte positif, comme celui, par exemple, qui existe pour les baux à long terme (art. 1718-1429) ; en notre matière, ce texte existe pour les rentes, c'est que les autres titres restent sous l'application du droit commun. La vérité est que ces dispositions, n'ayant à s'occuper que des titres de rente, ont entendu purement et simplement leur faire l'application du droit commun, en reconnaissant, en principe, que la conversion était par elle-même un acte de disposition. Loin d'afficher la prétention d'introduire une disposition exceptionnelle, elles déclarent tirer la conséquence d'un fait que sa nature et ses conséquences placent sur la même ligne que l'aliénation elle-même. Le caractère de cette opération est, en lui-même, suffisamment déterminé et n'exigeait aucune reconnaissance législative. Pour ce qui est des baux à longs termes, au contraire, le législateur sentait vaguement qu'à partir d'une certaine limite l'acte empiétait sur les droits de disposition, mais cette limite quelle serait-elle? Il était de toute nécessité qu'un texte intervînt pour la fixer. Pour la conversion qui est un acte parfait et complet en lui-même, cette intervention

Digitized by Google

était inutile ; il suffisait de l'article 1998. Nous ne doutons pas que la jurisprudence, en dehors de l'interprétation délicate de l'article 1449, et à l'exception de la tutelle qui se trouve aujourd'hui soumise à la loi de 1880, ne saurait faire aux autres administrateurs, du bien d'autrui, une exacte application de l'article 1988, et n'hésiterait plus à reconnaître le vrai caractère d'une opération, que des affinités, quelque peu étrangères à l'appréciation abstraite et scientifique de l'acte en lui-même, lui avaient peut-être fait méconnaître. Nous en sommes d'autant plus persuadé, que de plus en plus elle incline à reconnaître les dangers qu'offre pour les incapables la possession des titres au porteur et par suite, à prendre contre ces éventualités les précautions les plus légitimes ; c'est ainsi qu'elle a été parfois jusqu'à exiger, dans l'intérêt du propriétaire, la conversion inverse et, par exemple, l'immobilisation des titres au porteur trouvés dans son patrimoine (1). Elle ne saurait manquer, en marchant dans cette voie, de déclarer à l'occasion la conversion de sa nature interdite aux administrateurs légaux et au mandataire conventionnel, en tant qu'assimilée aux actes de propriété dont parle l'article 1988 (2).

§ γ. — *Effet et sanction des aliénations excessives.*

148. — Nous savons quels sont les actes qui, en vertu de l'article 1988, ne rentrent pas dans les pouvoirs du mandataire ; il nous reste à voir quelles seraient les conséquences d'un acte de cette nature, si, malgré la prohibition qui le frappe, l'administrateur l'avait exécuté au nom et comme représentant du mandant. Le principe est que le mandataire ne représente le mandant que dans la mesure indiquée par la procuration elle-même c'est-à-dire en tant qu'il agit dans la limite de ses pouvoirs. D'où il suit que l'acte excessif est étranger au mandant ; ce n'est pas un acte annulable ou vicié qu'il doive attaquer dans un délai de prescription, c'est un acte auquel il n'a pas été partie et qui dans aucun cas ne peut lui être opposé. S'il s'agit de titres au porteur ce principe trouvera son application dans la mesure et suivant les distinctions que nous avons précédemment établies ; c'est ainsi

1. Cf. Trib. Seine, 18 janv. 1872. Cass. 12 novembre 1876, (Sir. 77, 1, 145).

2. Cf. Sur cette question : Jozon : *Revue du notar.* 1872. Lyon-Caen, en note sur Sir. 62. 2, 311. De Folleville : n° 278. Audier : v° Conversion. L. Combe : *Journal du notar.* 20 janvier 1872. Buchère : *Rev. prat.*, 1875. Merville : *Rev. prat.* 1873. M. Léon Michel : *loc. cit.*

Digitized by Google

que, pour le cas où le tiers acheteur eût traité directement avec le mandataire se présentant au contrat comme administrateur général du patrimoine du propriétaire auquel ils appartiennent, la bonne foi de cet acquéreur ne saurait le mettre à l'abri de la revendication émanant du propriétaire. Dans le cas le plus ordinaire, la négociation aura eu lieu à la Bourse par l'intermédiaire des agents de change ; tout rapport direct entre les parties étant alors supprimé, l'article 2279 protégera toujours le porteur actuel.

L'ancien titulaire du titre n'aurait de recours que vis-à-vis l'agent de change qui se serait prêté à la vente sans se faire représenter une procuration spéciale, et cela bien entendu pour le cas seulement où la provenance du titre eût été connue de celui-ci. La question, s'il s'agit de titres nominatifs, peut présenter certaines difficultés particulières. C'est qu'en effet en cette matière la mutation de propriété ne résulte plus, comme cela a lieu d'ordinaire d'après l'article 1138, du simple consentement des parties entre lesquelles l'aliénation a été négociée ; elle ne s'opère au profit du nouveau titulaire que par l'inscription du titre sur le grand livre de la dette publique, ou sur les registres des compagnies débitrices, suivant qu'il s'agit de rentes sur l'État ou de valeurs industrielles, inscription faite au nom du nouveau propriétaire à la requête de l'ancien et d'après certaines formalités légales dont l'ensemble porte le nom de transfert. Mais une fois cette opération régulièrement intervenue, l'inscription nouvelle, surtout s'il s'agit de rentes sur l'État, forme au profit du titulaire actuel au nom duquel elle a été faite, un titre légal de propriété ayant la valeur d'un titre authentique, et n'admettant contre le droit de celui qui s'y trouve désigné comme propriétaire, que la preuve littérale en principe ; la preuve par témoins ou par simple présomption restant prohibée en dehors de tout commencement de preuve par écrit. Ces règles en matière de transfert doivent être combinées avec le principe de nullité dont nous avons à étudier les effets.

149. — Un premier point certain c'est que, le transfert n'étant pas encore intervenu avant l'expiration du mandat, l'acquéreur de la rente ou de toute autre valeur ne saurait être en droit de l'exiger du mandant propriétaire. Mais le mandataire, tant que ses pouvoirs subsistent, pourrait-il y procéder lui-même ? A notre avis la négative s'impose en dehors même de la question de validité de la négociation en exécution de laquelle le transfert est demandé. Il nous semble résulter de la loi fondamentale en cette matière, la loi du 28 floréal an VII, article 3 (1), que le transfert ne peut être valablement exécuté que sur la demande signée du vendeur lui-même ou de son fondé de pouvoir spécial. Or, en notre hypothèse le mandataire n'a pas

1. D. J. G. V° Trésor Public. Tome 42, p. 1113.

Digitized by Google

reçu mandat exprès, nous le supposons, de procéder aux transferts des rentes et valeurs dont la vente pourrait devenir nécessaire ; le Trésor ou les compagnies devraient donc s'opposer, sans autre considération de droit, au transfert requis par un simple mandataire général. Et s'il était passé outre à cette prohibition, c'est le transfert lui-même qui nous semblerait irrégulier, comme n'ayant pas été exécuté d'après les formalités imposées. Une double conséquence en résulterait, c'est que la question des pouvoirs du mandataire ne devrait même pas être élevée et que la juridiction compétente pour trancher en pareil cas la difficulté serait l'autorité administrative, du moins s'il s'agissait d'inscriptions de rentes sur l'État (1). Mais supposons, en admettant toutefois que la procuration générale soit authentique, que cette dernière ait paru assez large et ait été considérée par l'administration elle-même comme suffisant pour valoir comme procuration à l'effet de requérir le transfert des rentes ou valeurs appartenant au propriétaire de qui la procuration émane, s'en suit-il que celui-ci soit désarmé ? Assurément non, à notre avis ; la seule conséquence qui résulterait de cette décision, assez peu vraisemblable du reste, c'est que le transfert au point de vue de l'administration serait considéré comme régulièrement fait et ne pourrait être invalidé pour nullité de forme. Mais alors se présente la question de fond, ce transfert régulier et valable en lui-même, avait-on le droit d'y procéder ? Sa validité ne dépend-elle pas de l'existence juridique de la négociation même qui lui sert de base et en dehors de laquelle il serait dépourvu de toute cause légale ? En un mot la propriété du titre a-t-elle pu être régulièrement transférée ? Dès lors, abandonnant la question de forme pour apprécier le droit au transfert lui-même, nous rentrons dans la compétence générale des tribunaux ordinaires, qu'il s'agisse de rentes sur l'État ou de valeurs industrielles (2). Ce droit pour l'ancien titulaire d'infirmer la validité du transfert en prouvant que le mandataire qui en a formé la demande n'avait pas qualité pour y procéder est assurément incontestable. Mais quelles seront les exigences qui lui seront imposées au point de vue de la preuve, là est la seule question délicate. On dit assez volontiers en pareille matière que le droit de propriété attribué par l'inscription au titulaire nouveau établit à son profit une présomption semblable à celle qui résulte des énonciations contenues dans un acte authentique. Cette formule, à notre avis, est encore insuffisante ; elle tendrait peut-être à n'attacher cette présomption qu'aux

1. Buchère. *Valeurs mobilières*, n° 111 et suiv. Ord. Cons. d'État, 11 mars 1843; 17 juil. 1843, 5 fév. 1847, 14 avril 1839, 6 avril 1836. Voir cette dernière dans Sir. 37, 2, 252.

2. Cf. l'Ord. de 1836. Sir. 37, 2, 252.

Digitized by Google

simples faits contenus dans l'acte, or nous croyons qu'elle doit être étendue même aux appréciations de droit que le transfert implique.

Ainsi un acte notarié destiné à faire preuve d'une vente immobilière conclue au nom du propriétaire par un administrateur dont le pouvoir exprès ne se trouve pas mentionné dans l'acte, ne dispenserait pas, croyons-nous, l'acquéreur, si l'aliénation est attaquée plus tard par le mandant, de l'obligation de prouver lui-même que celui avec lequel il a traité avait des pouvoirs suffisants à cet effet. Le notaire a bien pu constater que la vente avait eu lieu par mandataire, mais il n'a pas eu qualité pour juger l'étendue de ces pouvoirs; ceci devient une appréciation juridique, ce n'est plus un fait dont l'acte ait mission de faire la preuve; et, dans le doute, tant que minute de la procuration n'est pas représentée, la présomption doit être en faveur de l'ancien propriétaire. Ici, au moins surtout en tant qu'il s'agit de rentes sur l'Etat, il n'en est plus de même, il faut aller plus loin. Le caractère et la mission des officiers chargés de dresser l'acte dont il s'agit, le but que celui-ci veut atteindre, les circonstances au milieu desquelles il intervient, le texte même sur lequel son autorité se fonde, tout diffère. Le plus souvent en effet tout rapport direct est supprimé entre les parties; le vendeur donne commission à son agent de change, celui qui veut acheter des rentes fait de même; le titre une fois négocié en Bourse, les agents de change s'adressent au trésor pour le transfert; celui-ci prend alors sur lui de faire les vérifications nécessaires et par suite garantit la validité de la mutation; quand il remet à l'acheteur le titre transféré à son nom il atteste par lui-même l'existence du droit de propriété que ce dernier a voulu acquérir; il se trompe, est-ce la faute du nouveau titulaire? Comment pourrait-on obliger celui-ci à faire la preuve des questions de droit ou de capacité relatives au vendeur du titre, ce n'est pas lui qui a pu les apprécier, ni les vérifier; c'est l'administration elle-même qui a pris ce soin, il faut donc pour qu'il ne soit pas désarmé, que sous tous les rapports son titre nouveau établisse en sa faveur une présomption générale que son adversaire ne puisse détruire que d'après les règles rigoureuses de l'article 1341. C'est qu'en effet l'attestation de la validité même de la mutation opérée est, contrairement à ce que nous disions pour l'acte notarié, contenue dans l'inscription dressée au nom du nouveau titulaire; les agents du trésor affirment non-seulement l'existence d'une cession à titre onéreux servant de base au transfert, ils en garantissent encore la validité, et par suite, l'existence du droit de propriété en faveur du titulaire actuel devient une des énonciations que l'acte avait mission d'attester, et contre lesquelles on ne peut élever aucune autre présomption, aucun témoignage qui ne soit basé tout d'abord sur un acte écrit

Digitized by Google

ou un commencement de preuve par écrit. C'est bien là du reste la sécurité et la garantie que la loi du 28 floréal au VII a entendu donner aux créanciers de l'Etat inscrits sur le grand livre ; et c'est aussi ce que la jurisprudence a plusieurs fois reconnu à propos du caractère même que le transfert réel indique comme étant celui de la négociation qui lui sert de base ; il suppose en effet par ses termes mêmes une cession à titre onéreux, l'on a voulu plus d'une fois, en se basant sur de simples présomptions, prétendre qu'il cachait une donation déguisée au profit d'une personne incapable de recevoir à titre gratuit, et que par suite la mutation de propriété n'avait pu être valablement opérée ; cette prétention a toujours été, sauf une exception célèbre de la Cour de Paris en 1842, universellement repoussée par les tribunaux et par les auteurs (1). Ici la question est la même ; ce que nous prétendons, c'est que la preuve du droit de propriété n'est jamais à la charge du titulaire, et que la preuve contraire ne saurait être faite en dehors des prescriptions de l'article 1341. Par conséquent dans notre hypothèse le nouveau possesseur n'aura pas à rapporter minute de la procuration en vertu de laquelle le transfert a été opéré ; ce sera au mandant lui-même que cette obligation incombera. Mandat a existé ; les agents du trésor l'ont reconnu suffisant ; cela forme la garantie et la protection du titulaire actuel ; à l'ancien de le détruire en rapportant le preuve écrite de cette insuffisance ; mais une fois cette minute représentée, les tribunaux ont alors toute liberté d'appréciation pour fixer l'étendue des pouvoirs qu'elle contient. Et si, comme nous le supposons, elle porte simplement pouvoir général d'administrer les affaires du mandant, ils auront, d'après le système que nous avons exposé, à prononcer la nullité de l'aliénation et par suite celle du transfert qui en a été la conséquence. L'acquéreur ainsi dépouillé aura recours contre le trésor ; il ne pourra s'opposer à la revendication de l'ancien propriétaire.

150. — Tels sont les principes et leur diversité d'application, mais ils peuvent se trouver modifiés par l'introduction de deux idées d'ordre différent auxquelles nous avons déjà plus d'une fois fait allusion ; elles se réfèrent l'une au quasi-contrat de gestion d'affaires, l'autre à la ratification expresse ou tacite donnée après coup par le mandant. Cette dernière, une fois intervenue, enlève à coup sûr à celui-ci le droit d'attaquer l'acte, même excessif, qu'il a lui-même approuvé et dont il a accepté postérieurement les conséquences. Nous aurons à étudier les effets de cette ratification ; mais une question plus grave doit précéder cet examen : faut-il dire, par application des

1. Paris 16 juin 1842, S. 342, 2, 61. V. consultation rédigée par M. Huet lors du pourvoi dirigé contre l'arrêt précédent, Sir. 46, 2, 109. Dans notre sens : Cass. 19 août 1823 ; 24 juillet 1844 ; 16 février 1848 ; Orléans 26 juin 1842. Cf. Buchère. Nos 107 et 108.

Digitized by Google

principes de la gestion d'affaires, et en dehors de toute approbation ultérieure, que le mandant peut se trouver lié au contrat sans consentement de sa part ? Nous avons paru l'indiquer par avance, et tous les auteurs qui traitent la question des pouvoirs du mandataire, ajoutent également, à propos des actes prohibés, qu'ils rentrent tout au moins dans la catégorie des actes accomplis par le gérant et peuvent se trouver validés après coup par application des principes spéciaux de la matière. Ces principes ne sont d'ailleurs rappelés par personne et la question ainsi laissée en suspens ne laisse pas que de fournir assez fréquemment quelques solutions contradictoires. L'article 1375 porte en effet que celui dont l'affaire a été bien administrée doit accepter les engagements pris en son nom (1). Ce qui voudrait dire que tout acte excessif, s'il répondait à une nécessité réelle, s'imposerait au mandant ; or, l'article 1988 porte au contraire que l'acte excessif ne saurait en aucun cas lui être opposé en dehors de toute ratification de sa part. D'un autre côté, si l'on avance que tout acte accompli par le mandataire, en qualité de gérant d'affaires, sera valable, s'il y avait à le faire, au moment même où il a été accompli, une utilité incontestable, il devient bien impossible de reconnaître en quoi cette théorie, rigoureuse en apparence seulement, diffère de celle reprochée à Pothier, et consistant à faire rentrer dans le mandat lui-même tout acte jugé utile ou nécessaire. Nous croyons que la difficulté vient d'une fausse appréciation des actes susceptibles de rentrer dans la gestion d'affaires ; sans doute tout acte ainsi qualifié devra être validé par son utilité même, mais tout acte quelconque ne peut pas faire l'objet d'une gestion d'affaires. Cette question de limite peut seule fournir une conciliation véritable entre les deux textes cités plus haut.

151. — C'est qu'en effet les engagements dont parle l'article 1375, et qui en raison de leur utilité se trouvent de plein droit reportés sur la tête du maître lui-même, se réfèrent surtout à des obligations contractées en vue de la conservation de son patrimoine ; dépenses faites pour la réparation de ses immeubles, entreprises de travaux négociés par le gérant et susceptibles d'engager le maître envers l'entrepreneur, achats indispensables, relatifs à la culture des terres, frais judiciaires ou extra judiciaires faits en vue de la conservation de ses droits menacés, tous actes enfin ayant pour but de conserver, maintenir, et non pas de changer, de dénaturer, d'innover (2). Il serait donc inexact de prétendre que tout acte capable de faire l'objet d'un mandat puisse rentrer, en vue de son utilité, dans la catégorie de ceux qu'implique l'idée de gestion d'affaires : la sphère de celle-ci est restreinte ; elle

1. Cf. Colmet de Santerre, tom. V, p. 667, n° 354 bis, III. *Contra.* Larombière, *Obligations*, tom. V, p. 595, n° 5.

2. Cf. L. 11, p. *de negot. gest.*

Digitized by Google

se limite à l'administration ; si l'on veut, comme on l'a fait souvent, l'assimiler à un mandat, ce ne peut être qu'au mandat général tel qu'il est défini par l'article 1988 ; de telle sorte que tout acte qualifié, acte de disposition au regard de l'administrateur général ne saurait jamais être validé comme acte de gestion d'affaires, et n'aurait d'autre chance de consolidation que le consentement postérieur du mandant, comme dit l'article 1998.

Cette interprétation, qui d'ailleurs est traditionnelle, pourrait s'appuyer sur l'article 1375 lui-même qui n'applique l'idée de gestion qu'au cas où les affaires du maître ont été *administrées*. Cette idée au fond est très exacte (1) ; cependant sa formule nous a semblé beaucoup trop absolue. M. Demolombe qui vient lui-même de préciser ces limites étroites et rigoureuses n'avait-il pas admis que la vente d'un immeuble, en principe interdite à l'envoyé proviseire, pouvait être conclue à titre de gestion d'affaires, et en raison de son utilité, imposée à l'absent de retour (2)? Cet acte est pourtant l'acte de disposition par excellence, l'acte de propriété auquel se réfère surtout l'article 1988. M. Aubry et Rau n'hésitent pas non plus à admettre que, suivant les cas, certains actes de disposition, en principe défendus au mandataire, devront être acceptés par le mandant, en vertu des principes de la gestion d'affaires (3). C'est qu'en effet la formule de l'article 1375 est bien plus large que celle de l'article 1988, et il serait fort inexact de l'interpréter par cette dernière; il ne dit pas que tout acte d'administration, théoriquement classé comme tel, pourra être validé à raison de son utilité; mais bien tout acte relatif à l'affaire que le gérant s'est chargé d'administrer. Dès lors il suppose qu'un but unique et principal a fait l'objet de l'immixtion du gérant ; ce but doit sans doute être restreint à la conservation du patrimoine ; mais il comprend pour sa réalisation un ensemble d'actes qu'on ne peut isoler de la gestion dont il font partie et de la fin poursuivie, peu importe qu'en eux-mêmes et par leur nature ils se trouvent classés parmi les actes de propriété définis par l'article 1988. Individuellement et considérés comme objet principal de la gestion, ils seraient en dehors des limites de l'article 1375 ; compris dans l'ensemble, et envisagés comme simple conséquence de l'affaire entreprise, ils rentrent dans la notion de gestion d'affaires et peuvent être validés comme tels. Qu'un étranger, sous prétexte de difficultés de culture ou de mauvais rendement des terres, prenne sur lui de vendre un de vos immeubles, cet acte isolé, indépendant, est par lui-même en dehors des limites de la gestion d'affaires ; mais qu'un

1. Demol. tom. 31 nos 108, 109, 111. Cf. Larombière tom. 5, p. 595 § 4. Dalloz. vo obligations no 5461.

2. Demol. Absence no 111, p. 120.

3. Aubry et Rau, t. IV, § 415, not. 6.

Digitized by Google

tiers chargé par vous de vendre une de vos fermes ajoute aux terres qui en font partie une parcelle voisine vous appartenant encore et dont la vente est également nécessaire pour trouver acquéreur à bonnes conditions, dira-t-on que cette aliénation, étant un acte de propriété, ne saurait être un acte de gestion d'affaires? Non ; parce qu'il est nécessaire pour concourir à la réalisation de l'affaire entreprise (1). Ce sont ces notions que nous voudrions appliquer au mandataire à propos de l'aliénation des valeurs mobilières ; s'il vend un de ces titres pour le vendre, uniquement parce que cet acte lui paraît opportun, soit en vue des bénéfices à réaliser soit en vue des pertes futures à éviter, il fait un acte qualifié acte de propriété au point de vue de la gestion d'affaires, comme à celui du mandat général ; il ne pourra être validé que par la ratification ultérieure ; mais ne peut-il pas arriver que cette aliénation rentre comme dépendance nécessaire parmi les éléments d'une affaire susceptible d'être légitimement comprise sous la notion de gestion d'affaires ? Assurément il peut en être ainsi ; par exemple, il n'est pas d'affaire plus susceptible de rentrer dans la mission du gérant que celle relative au paiement des dettes urgentes ; dès lors tout acte fait en vue de ce but principal rentrera dans l'affaire entreprise et lui empruntera, s'il était utile et opportun, les éléments premiers de sa validité. Le mandataire pour éviter la saisie, vend un titre et paie les créanciers, il aura fait un acte de gestion d'affaires ; le maître au retour pourra en discuter l'utilité, mais si celle-ci se trouve démontrée, il ne pourra refuser d'accepter l'acte réalisé. Il en est de même des ventes de valeurs qui auraient eu pour but la conservation des immeubles ; c'est encore là une des missions par excellence du gérant d'affaires et tous les actes accomplis en vue de réparations urgentes, ou de travaux utiles se trouvent participer de la qualité même de l'affaire qui leur sert de cause, ils sont actes de gestion d'affaires. Nous en dirons autant du report opéré par l'administrateur, même en dehors des cas où il serait valable, d'après notre théorie, comme étant directement compris dans le mandat général. Dans tous ces cas, et d'autres qu'il pourrait être facile d'énumérer, où la vente des titres entre comme un élément nécessaire d'une affaire principale, la seule question sera de savoir si cette affaire elle-même peut faire l'objet d'une gestion d'affaires ; et s'il en est ainsi, tous les actes qui concourront à sa réalisation devront avoir la même qualité, c'est-à-dire qu'ils s'imposeront au mandant si l'utilité en est démontrée.

152. — Si l'on admet que certaines ventes de valeurs, dans les conditions et circonstances qui viennent d'être déterminées, peuvent être comprises

1. Cf. Pothier, obligat. n° 59, Demol. tom. 24, n° 239, 240, Dalloz, v° oblig. n° 276, 277.

Digitized by Google

sous la notion de gestion d'affaires, il ne faut pas hésiter à imposer au maître, le mandant dans notre hypothèse, les engagements qui en résultent, à la charge toutefois par l'acquéreur du titre de prouver l'utilité de l'opération excessive accomplie par le mandataire ; l'article 1375 est, en effet, général, et quant à l'article 1998 sa formule indique suffisamment qu'il se réfère aux actes isolés accomplis par l'administrateur en dehors de ses pouvoirs, et laisse de côté le cas tout différent où ces actes seraient compris dans l'ensemble d'une gestion commencée. Quant à l'utilité qui doit ici être prise en cause, ce n'est pas l'avantage plus ou moins grand que donnera le résultat final ; il s'agit de l'utilité même qu'il y avait à faire l'opération aujourd'hui discutée, au moment où elle a été accomplie. Elle devra d'ailleurs être apprécié avec une juste rigueur. Ces notions nous permettent d'apercevoir nettement en quoi la théorie que nous avons adoptée diffère de celle de Pothier sur le mandat général. Pour lui, tout acte quelconque devant donner un résultat utile rentre de plein droit dans les pouvoirs du mandant ; pour nous il n'en est ainsi que si cet acte concourt à la réalisation d'un résultat collectif susceptible de rentrer sous la notion de gestion d'affaires. De plus, si l'acte utile rentre dans le mandat, il faudrait dire sans distinction que l'administrateur est toujours responsable de ne l'avoir point accompli ; s'il ne doit être considéré que comme élément d'une gestion commencée, bien que le gérant se soit tacitement engagé à mener celle-ci à bonne fin, sa responsabilité ne saurait être aussi étroitement engagée si l'abstention qu'on lui reproche n'a eu d'autre cause que le respect des pouvoirs de disposition souveraine que le mandant s'était réservés. D'un autre côté cette assez large interprétation des principes admis en matière de gestion d'affaires atténue quelque peu la rigueur de l'interprétation étroite que nous avons dû faire des pouvoirs du mandataire. En maintes occasions, quand il s'agissait surtout de l'acquittement des dettes, ou de réparations à faire aux immeubles, il a paru sévère de refuser à l'administrateur la vente des titres réclamée dans ces diverses intentions ; la ressource que nous indiquions était celle de la gestion d'affaires ; si donc en pareil cas la vente est vraiment utile, si parmi les titres existant le mandataire a réellement choisi celui dont l'aliénation pouvait être la moins désavantageuse, la négociation se trouvera validée même en dehors de toute ratification à intervenir de la part du mandant.

153. — Il est une seconde fin de non-recevoir qui pourra être opposée au recours intenté par le mandant contre l'aliénation excessive, c'est la ratification par laquelle il aurait après coup approuvé l'acte accompli par le mandataire. Il s'agissait d'une question d'interprétation ; et l'acte réputé excessif ne restait étranger au mandat que parce qu'il était supposé contraire

Digitized by Google

à sa volonté présumée, l'approbation qu'il donne démontre au contraire que le mandataire avait fait de sa volonté une exacte interprétation et que l'acte accompli par ce dernier rentrait par conséquent dans les pouvoirs qui lui avaient été concédés. Cette ratification peut être expresse ou tacite. On a soulevé quelques difficultés sur le point de savoir à quelles conditions elle serait valable. Ainsi on l'a quelquefois confondue avec la confirmation qui peut intervenir à propos des actes annulables; on voulait exiger pour sa validité les conditions requises par l'article 1338, c'est-à-dire la mention dans l'acte confirmatif de l'acte ratifié, celle du vice que l'on veut couvrir et l'expression formelle de l'intention de s'approprier l'acte excessif (1). C'était une erreur fondamentale, tendant à assimiler l'acte absolument étranger au mandant à celui auquel il eût été partie, mais qui se trouverait affecté de quelque cause de nullité. Sans doute, dans le premier cas comme dans le second, il faudra que le mandant ait eu connaissance de l'acte excessif et qu'il ait manifesté par ses actes, peut-être uniquement par son silence, c'est une question de fait, l'intention certaine de le ratifier (2). Mais de vice ou de cause d'annulabilité, il ne saurait être en rien question; l'acte est nul uniquement parce qu'il n'a pas été accompli par qui avait pouvoir de le faire; quand ce dernier a connu son existence et l'a approuvé, c'est comme s'il l'avait accompli lui-même.

154. — Supposant donc la ratification prouvée et valable, nous avons à nous demander quels en seront exactement les effets. L'acte est désormais assimilé à celui que le mandataire eût accompli dans les limites de ses pouvoirs; cet effet de la ratification est généralement traduit par cet adage d'école : *ratihabitio mandato æquiparatur*. L'on en tire immédiatement cette conséquence, que la ratification a pour effet de faire rétroagir la validité de l'acte au jour même où il a été consenti. Cette proposition voudrait dire qu'en tous points l'aliénation devra avoir les mêmes conséquences, que si dès le principe l'acte eût été réellement compris dans les limites du mandat; qu'il en soit ainsi dans les rapports entre le mandant et le mandataire, ou même à l'égard du tiers acquéreur du titre aliéné, rien de plus exact. Mais il n'en serait plus de même à l'égard des tiers étrangers à la négociation et qui pourraient se trouver lésés par la ratification postérieure du mandant. Pour eux l'acte était nul, et il ne peut dépendre du mandant de faire tourner à leur détriment les conséquences légitimes qu'ils avaient pu en tirer, et surtout il ne peut dépendre de lui de faire

1. Cf. Arrêt de Nimes cassé par Cassation. Cass. 25 décembre 1815. Sir. 16, 1, 243. Laurent. t. 28, § 64 et 65.

2. Cf. Gand, 14 juin 1850 (Pasicrisie 1850, 2, 223). Laurent 28, n° 67. Pont, *loc. cit.*, n° 1071 *in fine*.

Digitized by Google

tomber après coup les droits qu'il aurait concédés lui-même en se fondant sur la nullité de l'acte excessif (1). Ainsi le mandataire avait vendu et non encore transféré ou livré un des titres du mandant ; celui-ci, sans tenir compte de cette négociation aliène le titre au profit d'un nouveau cessionnaire, pourra-t-il en ratifiant la première vente toucher au droit que lui-même avait transmis à ce dernier acquéreur ? Évidemment non. Admettons que le mandataire eût constitué hypothèque pour garantie conditionnelle de sa responsabilité et qu'il se trouvât redevable vis à vis du mandant de la disparition de titres au porteur protégés contre lui par l'article 2279; si dans ces conditions le mandant a cédé sa créance hypothécaire, pourra-t-il après coup en diminuer l'étendue en ratifiant la vente des titres illégalement négociés (2) ? Cette restriction est d'ailleurs formellement indiquée dans l'article 1338 ; et celui-ci par l'expression générale de son dernier paragraphe, donne bien à entendre que cette décision est applicable toutes les fois qu'un acte devient valable après coup par l'effet d'une volonté postérieure. On a pu se demander si cette restriction devait s'appliquer aux actes du tuteur, après leur ratification par le pupille devenu majeur. Mais les motifs qui ont pu donner naissance à cette question spéciale ne sauraient trouver place à propos des actes du mandataire ; et nous croyons qu'ils n'ont pas à être invoqués ici.

1. Cf. Pont, n° 1075. Laurent 28, n° 74.
2. Cf. Cir. rej. 7 fév. 1854. D. 54, 1, 50 note.
3. Cf. Pont 1075, *in fin.* Labbé. De la ratification des actes accomplis par le gérant d'affaires. D. 56, 1, 405, et la note. Laurent 28, n° 75.

Digitized by Google

CHAPITRE III

—

SECTION I

ADMINISTRATION DES ENVOYÉS EN POSSESSION PROVISOIRE DES BIENS DE L'ABSENT

155. — Nous avons essayé de fixer l'étendue de l'administration conférée à un tiers par le propriétaire, lorsqu'il a voulu pourvoir lui-même aux circonstances qui peuvent lui rendre difficile, ou impossible, la gestion de son propre patrimoine. Les pouvoirs du mandataire n'ont en pareil cas d'autres limites que la volonté du mandant ; l'interprétation de cette dernière a servi de base à notre étude. Nous devons examiner la même question par rapport aux administrateurs substitués au propriétaire, lorsque lui-même n'a pas pourvu, on n'a pu pourvoir, aux nécessités qui peuvent résulter de son absence ou de sa propre incapacité. Le cas d'absence est peut-être la circonstance la plus ordinaire qui donne lieu au mandat conventionnel ; aussi lorsqu'elle se produit sans que cette précaution ait été prise par l'intéressé, on aurait pu comprendre que la loi s'abstînt de toute intervention. Le propriétaire n'est-il pas quelque peu en faute de ne s'être pas préoccupé des inconvénients qui vont résulter de l'abandon momentané de son patrimoine ? Et s'il ne l'a pas fait, n'est-ce pas peut-être avec quelque préméditation ; la loi peut-elle, à son insu, le plus souvent contre son gré, prendre sur elle d'autoriser une immixtion étrangère ? Cependant quand cette situation se prolonge, quand l'état des affaires laissées en souffrance s'aggrave de plus en plus, il devient à peu près certain que le silence de l'absent et le défaut de précautions relativement à son propre patrimoine ne lui sont plus imputables, et proviennent de causes indépendantes de sa propre volonté ; la loi en pareil cas a cru de son devoir de prendre des mesures urgentes pour sauver des intérêts en péril ; ce rôle rentre dans le devoir de protection qui lui incombe à l'égard de ceux qui sont rendus incapables de veiller à leurs propres intérêts ; il lui appartenait aussi en vue de l'état économique général qui a tout à perdre au dépérissement des fortunes privées, à celui surtout des terres laissées improductives ; il était commandé enfin par une considération supérieure de droit et de justice ; c'est qu'en effet ces biens dont le propriétaire s'efface et n'apparaît plus, peuvent, si celui-ci est décédé, appartenir à d'autres ; et c'est le droit de ces derniers

Digitized by Google

qui dès lors se trouve menacé, et dont la loi cependant ne peut pas ne pas tenir compte. Intérêt de l'absent, intérêt de ses héritiers présomptifs, tels sont les deux mobiles qui commandaient l'intervention légale ; cette dernière devait nécessairement varier suivant que l'une de ces deux causes se trouvait être prédominante : De là le système du Code civil et les diverses périodes qui caractérisent l'absence.

156. — Pendant la première période, celle de la présomption d'absence, l'incertitude relativement à l'existence de l'absent commence à peine à se révéler; le présomption de vie l'emporte; la loi n'intervient pas; c'est la période des gérants d'affaires bénévoles; la loi ne pouvait couvrir de son autorité une ingérence, peut-être indiscrète, en tous cas prématurée. Cependant elle a dû pourvoir aux mesures urgentes et nécessaires (art. 112). On s'est demandé si le tribunal, appelé à autoriser les mesures d'administration devenues indispensables, pouvait charger un curateur d'administrer d'une façon générale et permanente les biens de l'absent. Une loi du 11 février 1791, confirmant l'article 8 du titre II de l'ordonnance de 1667, prohibe cet usage; et cette défense paraît bien s'accorder avec l'article 113 du Code civil qui, traitant de la nomination de curateurs donnés au présumé absent, leur assigne seulement des missions spéciales et très déterminées. On voulait surtout mettre fin aux abus nombreux auxquels avait donné lieu dans l'ancien droit l'ingérence trop fréquente de curateurs peu habiles ou négligents.

Nous croyons en effet qu'il résulte des textes que nous venons de citer et de l'esprit du Code civil que le tribunal ne pourrait confier à un curateur l'administration générale de tout le patrimoine du présumé absent. Mais nulle part ne se trouve prohibée la nomination d'un curateur *ad hoc* chargé de mener à fin telle ou telle affaire spéciale, et par suite de procéder à l'ensemble des actes qui seraient rendus nécessaires dans ce but. Le tribunal ne peut avoir à spécifier chacun de ces actes en particulier; de même que ce n'est pas lui qui puisse être capable d'accomplir les mesures générales qu'il a charge d'autoriser (1). Ce curateur verra ses pouvoirs réglés par le jugement qui le désigne; en tous cas, ils seront toujours restreints aux actes les plus stricts d'administration; il est bien certain qu'il ne pourrait faire à ce titre aucun des actes qui sont susceptibles de compromettre l'existence des valeurs mobilières et pourraient être considérés comme une aliénation directe ou indirecte.

157. — La seconde période nous met en présence d'une situation beau-

1. Demol. Absence, n° 36, Plasman. Code et traité des absents : Ch. I, § 6 (art. 112). *Contra* : Dalloz v° absents. Cf. Bertin. Chamb. du cons. tome 1er. Jce. Absents, n° 10.

Digitized by Google

coup plus caractéristique, celle de l'envoi en possession provisoire. Le système de notre loi française constitue un ensemble assez original, dans lequel on a cherché, comme nous l'avons déjà dit, à concilier l'intérêt de l'absent en vue de son retour possible, et celui de ses héritiers en prévision de sa mort. A mesure que diminue la présomption d'existence, l'intérêt des seconds gagne du terrain et prédomine, celui du premier se trouve placé au second plan. Ceci explique qu'une fois l'absence déclarée, le Code ait confié les biens en souffrance aux héritiers présomptifs; à supposer la mort, ce qui après trente ans d'absence sans nouvelles est à coup sûr la présomption la plus vraisemblable, la loi ne fait ainsi que consacrer le droit des véritables propriétaires; et à supposer le retour, le meilleur moyen d'assurer à l'absent la conservation de ses biens c'est encore d'en confier la garde à ceux qui sont personnellement intéressés à leur bonne gestion. Cette double idée donne à l'administration qui nous occupe un caractère tout spécial. D'ordinaire le patrimoine que la loi confie aux mandataires légaux continue à former un tout indivis à la tête duquel se trouve préposé un administrateur unique; ce qu'elle établit, c'est vraiment une administration propre à ce patrimoine et indépendante de tout autre. Ici au contraire, celui de l'absent est divisé, partagé entre ses héritiers présumés; ses biens, sous réserve d'inventaire, sont confondus avec les leurs et par suite l'administration de ces derniers confondue avec l'administration générale du patrimoine de chacun d'eux : ce sont eux en effet qui sont peut-être les véritables propriétaires. Tout ce que la loi demande, c'est que les objets individuels, les droits appartenant à l'absent, soient conservés dans leur essence propre pour lui être rendus au cas de retour; de là cette expression si caractéristique du Code, malgré son impropriété juridique, c'est un dépôt. Sans doute ce n'est pas un dépôt ordinaire, puisqu'il se trouve rémunéré par une attribution partielle des fruits aux dépositaires et qu'il implique autre chose que la simple garde et détention. Au fond cependant c'est bien un droit de même nature; seulement le dépôt ordinaire s'applique à des objets corporels qu'il suffit de conserver sans avoir à faire à leur sujet aucun acte de gestion spécial; celui-ci va comprendre des droits de toute nature, non-seulement des droits inertes comme la propriété d'un objet précieux, mais des droits en activité dont le développement ne doit pas être interrompu et qui exigent une gestion indispensable; ils seront donc compris dans le dépôt général avec ce caractère qui leur est propre, leur garde deviendra une administration; mais ce n'en sera pas moins un dépôt en ce sens que la conservation du capital, le fond du droit, sera rigoureusement assuré, et réservé pour, au cas de retour, être restitué au véritable propriétaire.

158. — Étant donné ce caractère spécial de l'administration confiée aux

Digitized by Google

envoyés en possession, il semble presque puéril de se demander si de tels administrateurs peuvent avoir le droit d'aliéner les valeurs mobilières. Cependant la question a fait doute, si bien que l'on peut croire qu'aujourd'hui encore la jurisprudence tient pour l'affirmative.

Il ne suffit donc pas de nous en tenir aux principes généraux que nous avons exposés, il faut encore discuter les textes spéciaux ; nous nous rappellerons seulement la conclusion qui maintenant nous est acquise, c'est qu'en principe, à moins de texte qui concède expressément ce pouvoir aux simples administrateurs, le droit commun le leur refuse. Nous rencontrons ici pour la première fois le système particulier du Code civil relativement aux garanties dont il entoure le mobilier confié aux administrateurs légaux et le procédé habituel de rédaction dont il use en pareil cas. Ce système que nous retrouverons partout à peu près le même, a donné naissance à un procédé uniforme d'argumentation. Quand il traite des immeubles, le Code ne prend à leur égard aucune mesure spéciale dès l'ouverture de la gestion ; c'est qu'en effet leur trace ne saurait se perdre et qu'il n'est pas nécessaire de s'assurer à l'avance aucune garantie particulière de restitution ; le Code se contente d'en défendre l'aliénation totale ou partielle au cours de l'administration. Relativement aux meubles, son procédé est tout autre ; il semble n'édicter à leur sujet aucune mesure générale applicable pendant la durée de la gestion qui s'ouvre et ne s'occupe que des garanties imposées à l'administrateur à son entrée en fonction. Avant tout, il exige qu'inventaire soit dressé, afin d'établir la consistance du mobilier et de fournir les bases du compte à rendre à l'expiration du mandat légal. Quelquefois même il oblige l'administrateur à donner caution, et il l'a fait en notre hypothèse (art. 120) ; celui-ci est responsable des meubles qui se trouveront détériorés ou perdus, et c'est dans ce but qu'on exige des garanties préalables. Enfin, le Code institue une autorité destinée à désigner ceux des meubles qui devront être vendns, ceux au contraire qui seront conservés ; quelquefois la vente de tous est obligatoire, et l'autorité désignée a dans ce cas pour mission d'en excepter les meubles qu'il convient de garder (1) ; quelquefois elle est facultative, et le tribunal est appelé alors pour imposer la vente de ceux qui constituent une non-valeur et doivent être convertis en placements utiles. La vente opérée, l'administrateur est invité à faire emploi du prix qui en provient. Ces mesures imposées au début, le Code se tait sur la situation qui sera faite au mobilier pendant le cours de l'administration et les pouvoirs du mandataire légal à son sujet. Il semble bien résulter des précautions prises et des transformations réalisées dès le début, qu'il ait

1. Cf. art. 452.

Digitized by Google

voulu donner au patrimoine une assiette définitive, le moule solide qu'il devra garder pendant l'administration intérimaire ; que dès lors il n'y ait plus qu'à administrer celui-ci dans le sens strict du mot, c'est-à-dire à le faire fructifier et à le conserver dans chacun de ses éléments propres, sans qu'il n'y ait désormais, ni changement, ni substitution, ni aliénation à opérer du fait seul de l'administrateur. C'est qu'en effet, les administrateurs légaux ne sont pas chargés de continuer d'après les précédents suivis par le propriétaire une administration commencée, et de se conformer aux errements indiqués. Au contraire, l'impulsion donnée au patrimoine semble s'arrêter ; il ne s'agit plus de se livrer à son sujet à des vues telles quelles ; loin de là, la loi impose un système de réalisation, de sécurité, de fixité des droits, de telle sorte que chacun des éléments principaux, mis en dehors des fluctuations et des chances de disparition, puisse, autant que cela est possible, être représenté par un droit certain, non sujet à variations, et dont la conservation soit assurée et facile. Dès lors, il n'y a plus qu'à garder, détenir ce patrimoine dans la forme définitive qui lui est ainsi donnée, comme un dépôt *sui generis* que l'on doive restituer un jour. C'est pourquoi le Code emploie ici même ce mot qui révèle sa pensée et dont le sens est plus pleinement encore indiqué dans le travaux préparatoires : « La loi, dit en propres termes Bigot Préameneu, a pris contre les héritiers les mêmes précautions que contre un étranger ; elle exige les mêmes formalités que pour les *séquestres ordinaires*, et lors même qu'elle a été mise par l'absent dans la nécessité de le déposséder, elle semble encore ne le faire qu'à regret, et elle s'arme contre la cupidité ou l'infidélité de formes qui ne peuvent être éludées (1). » Le procédé du Code est donc fort nettement indiqué : réaliser les meubles périssables, garder les autres, placer les capitaux en immeubles ou en valeurs solides, et une fois ces mesures prises ne plus rien modifier dans l'assiette du patrimoine, le conserver en nature dans chacun de ses éléments essentiels, afin d'être en mesure de le restituer, si l'absent reparaît : telle est en résumé toute la théorie de la loi en fait d'administration légale.

159. — Cependant ce système, si logique et si simple, se heurte à un procédé de discussion qui n'a d'autre base qu'un, ou quelquefois plusieurs arguments *a contrario*. Dans le cas spécial qui nous occupe, on commence par faire bonne et prompte justice de l'expression, dit-on, fort malencontreuse de dépôt, laquelle est assurément dépourvue de toute valeur scientifique. Ce terme écarté, restent deux articles : l'un (art. 126) qui s'occupe des meubles, et l'autre (art. 128) qui traite des immeubles. Le premier,

1. Bigot Préamenu, Exposé des motifs, § 21, Locré, tom. 4, p. 148.

Digitized by Google

uniquement relatif aux mesures préparatoires qui doivent signaler l'ouverture de la gestion, ne fait intervenir le tribunal que pour rendre obligatoire une vente qui d'ordinaire est facultative. C'est donc que cette première réalisation opérée des meubles périssables et juges bons à être convertis en argent, tous les autres, pendant le cours de l'administration, restent à la disposition des envoyés en possession provisoire. Ce premier argument, *a contrario*, se trouve fortifié par un second de la même espèce que l'on tire de l'article 128 relatif aux immeubles. Si l'article 126, dit-on, ne s'occupe des objets mobiliers que pour indiquer de quelle façon la vente pourra en être imposée au début de l'administration, sans preciser comment, dans la suite, il pourra être procédé à leur aliénation, lorsque l'administrateur la jugera nécessaire, il faut demander la solution de cette question nouvelle aux textes qui traitent des pouvoirs de cet administrateur au cours de sa gestion; or, le seul texte qui existe à cet égard, n'impose de formalités que pour l'aliénation des immeubles; la conséquence nécessaire, est bien que celle des meubles pourra être réalisée sous la seule responsabilité de l'envoyé en possession, qui l'aura jugée utile. S'il en était autrement, la prohibition relative aux immeubles serait un pléonasme au moins singulier; puisque l'aliénation des biens les moins importants, les meubles, se trouverait prohibée en vertu d'un principe général simplement sous-entendu, tandis que ce renvoi tacite aux notions supérieures du droit commun, aurait paru insuffisant pour les immeubles et que le Code aurait cru devoir insister, à leur sujet, sur une prohibition qui ne pouvait être l'objet d'aucun doute.

160. — Ce système, depuis longtemps échafaudé et développé par Merlin à la suite d'un arrêt de 1814 (1), n'a, en somme, d'autre base que le silence de la loi. Nous savons déjà que c'est un argument fragile, ou tout au moins insuffisant, et que, quant aux meubles incorporels, les principes exigent, pour que l'aliénation en soit permise au gré de l'administrateur légal, qu'un texte en fasse une disposition expresse. On se contente de nous dire : elle n'est pas prohibée, donc elle est permise : à quoi nous répondons, qu'importe l'absence d'interdiction nouvelle, si les principes la défendent? Ceux-ci, dit-on, semblèrent cependant insuffisants pour les immeubles, et le Code ne s'en est pas exclusivement contenté. C'est qu'à propos des immeubles il suffisait, pour l'application des principes généraux, d'une disposition générale et absolue, incapable de donner prise à aucune difficulte de limitation ou d'interprétation ; à propos des meubles, nous avons vu qu'il ne pouvait en être ainsi. Appliquer les principes eût conduit d'un côté à déterminer, dans une sorte d'énumeration peut-être forcément arbitraire, tous les meubles dont l'aliénation constituait un acte de propriété, et de l'autre

1. Sir. 14, 2, 355.

Digitized by Google

à écarter tous ceux dont la vente serait acte d'administration. Ces difficultés, le Code les a écartées de parti pris, peut-être avec raison ; ce qui ne veut pas dire qu'il ait voulu les trancher en les supprimant. Nous pourrions, si nous ne craignions pas à notre tour de nous engager sur le terrain des arguments *a contrario*, rappeler que l'article 1449, permettant l'aliénation des meubles dans le cas particulier de la libre administration, implique la solution contraire pour tous les autres cas d'administration restreinte. Mais il nous semble préférable d'indiquer l'esprit et le sens véritable de l'article 126 qui est le seul ayant trait aux meubles confiés à l'envoyé en possession.

La suite des idées révèle la pensée du texte. Il commence par exiger un inventaire, c'est-à-dire par assurer à l'absent, au cas de retour, un titre qui serve de base à la restitution qu'il aura le droit d'exiger. Celui-ci sera donc en droit de demander la représentation de tous les meubles portés sur l'état estimatif, et il n'est qu'un seul cas où leur disparition se trouvera légitime, c'est quand le tribunal lui-même l'aura ordonnée. Cette intervention du tribunal qui suit immédiatement l'obligation de procéder à l'inventaire, n'est autre qu'une exception, la seule admise, au devoir de conservation de tous les meubles, dont l'énumération vient d'être ainsi prescrite. En cette matière, la conservation, dès le début même de l'administration, est la règle ; la vente est l'exception. Nous verrons, sur l'article 452, qu'il en est différemment en matière de tutelle ; c'est qu'alors on a le plus souvent affaire à un propriétaire jeune pour qui la plupart des meubles n'auront d'utilité réelle que dans un délai fixe et ordinairement éloigné, c'est-à-dire quand ils seront hors de service ou fortement dépréciés. Le principe est donc qu'il faut dès maintenant convertir en argent. Au cas d'absence, le propriétaire peut, au contraire, apparaître d'un moment à l'autre et avoir un besoin immédiat des objets mobiliers qui lui appartenaient ; aussi la vente n'en est plus imposée en principe, mais laissée à la discrétion du tribunal. Aussi tirons-nous de cette comparaison un *a fortiori* pour défendre désormais l'aliénation de ceux des meubles que le tribunal aura exceptés de la vente et jugés dignes d'être conservés. Le choix qu'il a ainsi fait, n'aurait-il donc eu d'autre but que de laisser les meubles conservés à la discrétion de l'administrateur ? Il est impossible de le supposer. Il a nettement indiqué, au contraire, que pour ces meubles l'intérêt de l'absent exige qu'ils lui soient réservés ; qui peut donc être admis à prétendre que cet intérêt n'existe plus au même degré ? Sera-ce l'envoyé en possession, lui seul ? Évidemment non, puisque la loi ne l'a pas constitué juge en pareille matière, au début même de son administration ? Ce ne peut donc être assurément que l'autorité qu'elle a dès le principe chargée de ce soin. Le tribunal qui a opté pour la

Digitized by Google

conservation peut seul avoir le droit de lever ainsi l'interdit qu'il a une fois porté. C'est ainsi qu'à notre avis l'article 126 ne se trouve pas seulement être une disposition spéciale au début de la gestion, mais un texte général s'appliquant à toute vente de mobilier. Enfin pour ce qui est des valeurs mobilières en particulier, il est certain qu'elles constitueront l'emploi le plus fréquent, ordonné pour les capitaux et le produit de la vente par l'article 126 lui-même; cet emploi du prix aura été réglé par le tribunal qui a prescrit la vente; peut-on supposer qu'immédiatement après l'envoyé en possession puisse de sa seule autorité et sous le couvert seulement de sa propre, et souvent bien précaire, responsabilité, reprendre la liberté des capitaux en vendant les titres et les dissiper ensuite à son gré? Cette valeur achetée au nom de l'absent, et vendue sans autorisation d'aucune sorte, est-ce que celui-ci, de retour, n'aura pas le droit de la revendiquer comme sienne, au moins dans les cas où cette action peut lui être donnée? L'article 126 n'est donc à notre avis qu'une application des principes généraux formulés dans l'article 1988; il est basé sur cette idée que le choix des meubles destinés à être conservés, et de ceux destinés à la vente, constitue un acte de propriété pour lequel l'administrateur n'a pas reçu mission suffisante et qui ne peut être accompli que sous la surveillance d'une autorité supérieure; ce choix ne peux changer de nature quand il se représente au cours de l'administration; les décisions qu'il implique alors ne cessent pas d'être un acte de propriété en principe interdit au mandataire. Entre l'argument *a contrario* de nos adversaires, qui a pour effet d'apporter une exception grave et non justifiée aux principes du droit commun, et l'argument *a pari* qui en consacre l'application, il est certain que l'hésitation ne peut être permise (1).

161. — Ainsi donc la disposition précise qui seule pouvait, à l'encontre des principes, autoriser l'aliénation des valeurs mobilières pour l'envoyé en possession, nous fait défaut; le Code ne nous présente au contraire que la stricte application de l'article 1988; nous n'avons donc qu'à renvoyer aux explications données sur ce point au chapitre précédent. La jurisprudence de la Chambre du conseil du tribunal de la Seine semble bien être de cet avis, puisqu'elle consent à donner l'autorisation qu'on lui demande pour l'aliénation des valeurs comprises dans l'envoi en possession; on sait en effet qu'elle refuse son concours dans tous les cas où elle reconnaît que la loi n'a pas voulu l'exiger (2). La jurisprudence des cours a continué les errements de l'arrêt de 1814 : elle paraît n'avoir cédé que devant la Cour de Liège par

1. Cf. Demol. Tom. 2, n° 112 et seq. Plasman, Absents, tom. I, ch. VI, sect. 2, § II, Laurent, t. 2, n° 177 et suiv. Aubry et Rau, tom. I, § 153, notes 7 et 9.

2. Cf. Bertin. Ch. du Cons. Tom. I. Absents. Jur. n° 18. Ch. du cons. Seine 27 juil. 1852.

Digitized by Google

suite d'une interprétation peut-être un peu plus libre de notre Code civil, qui est aussi, comme on le sait, celui que les Belges ont adopté (1).

162. — Quelle sera la ressource de l'envoyé en possession quand l'aliénation deviendra nécessaire ? Le plus souvent il aura celle de la gestion d'affaires ; mais elle est précaire et lui assure peu de crédit. Aussi l'on s'est demandé si la justice, qui dans notre matière a pris en main les intérêts de l'absent, ne s'est pas par suite obligée à lui continuer sa protection et à intervenir dans ce but au cours de la gestion. Elle seule peut en effet, en assurant la stabilité des actes interdits à l'envoyé en possession, consolider son crédit, rassurer les tiers et par suite pourvoir aux nécessités qu'exige l'intérêt de l'absent. Le doute venait, dans une matière où tout est de rigueur, du silence de la loi. La justice ne peut intervenir dans les affaires des particuliers que dans les cas où ce droit lui est formellement octroyé ; on comprend ce principe d'abstention prudente, puisque l'effet de son intervention est en principe d'enlever au propriétaire le recours qui aurait pu lui appartenir pour faire invalider l'acte par l'administrateur. Cependant cette indifférence dans une matière où la justice elle-même a consacré l'ingérence d'autrui et pris sur elle de faciliter la mission des administrateurs qu'elle a formellement reconnus et acceptés, semblait au moins un excès de scrupule ; la pensée que révèle l'article 126 où la justice est appelée à s'immiscer dans la gestion même des biens de l'absent ; l'analogie offerte par tous les cas d'administration légale où partout à côté d'une limitation de pouvoirs se trouve l'autorité chargée de consacrer les extensions nécessaires ; tout en un mot semblait inviter la justice à prêter son concours ; son respect scrupuleux du droit privé en même temps que du texte de la loi ne lui permettait de le faire qu'en s'abritant sous le couvert d'une disposition légale ; ce texte souhaité a pu être enfin découvert dans une matière quelque peu étrangère à la nôtre et fournir la base d'une démonstration au moins indirecte. L'article 2126, écrit à la section qui traite des hypothèques conventionnelles, suppose qu'une hypothèque de cette nature a pu être établie sur les biens de l'absent en vertu d'un jugement. Le titre même de la section écartant la supposition de l'hypothèque judiciaire, il ne pouvait plus être question que d'hypothèque conventionnelle autorisée par jugement. C'est ainsi que, généralisant cette application supposée de l'intervention judiciaire, la jurisprudence a pu trouver la loi d'accord avec les besoins de la pratique et se croire désormais en droit de ne plus refuser son concours. Aussi avons-nous vu la Chambre du conseil donner son autorisation pour l'aliénation des valeurs mobilières (2). Ajoutons enfin que la loi

1. Cf. Bordeaux, 20 nov. 1845, D. 46, 4, 1. Liège. 8 janv. 48. D. 48, 2, 99.
2. Cf. Laurent. 1. 2, n° 177.
3. Bertin. *loc. cit.* Abs. J^es, n° 18.

Digitized by Google

hypothécaire belge du 16 décembre 1851 a traduit de la même façon l'article 2126 du Code civil.

163. — L'autorisation de justice peut donc seule consolider la vente si elle n'a pas été donnée et, sauf application exceptionnelle des principes de la gestion d'affaires, la vente est nulle au regard de l'absent ; et nous aurions à appliquer les conséquences précédemment étudiées. Le point délicat en cette matière est de savoir si l'envoyé lui-même pourra agir en nullité avant le retour de l'absent. L'affirmation se heurte à un principe général qui défend à celui qui devrait lui-même garantie à l'évincé de poursuivre l'éviction. D'un autre côté cette règle semble fléchir en faveur de certains mandataires légaux dont la situation se rapproche de celle de l'envoyé en possession, le tuteur et le mari administrateur de la dot (art. 1560). L'hésitation est donc permise. Ce qui paraît généralement entraîner la décision dans le sens du principe plutôt que dans celui de l'exception, c'est d'abord que l'argument a *contrario* pourrait être ici légitimement admis et surtout qu'il est peut-être inexact de considérer cet administrateur comme vendeur de la chose d'autrui. La présomption de mort qui se fortifie chaque jour rend cette qualité de moins en moins probable et peut faire craindre, s'il est reconnu qu'il soit propriétaire, que le droit d'éviction ne lui ait été concédé que dans son propre intérêt, ceci à l'encontre de tous les principes de droit et de morale. Je crois cependant que cette incertitude n'a été admise par le Code que par étapes successives, et avec des effets déterminés pour chacune d'elles. Pendant la période de l'envoi provisoire, ce qui domine encore, c'est la préoccupation certaine de l'intérêt de l'absent et de la sauvegarde de ses droits. Que l'on suppose que le tiers acheteur menace de laisser prescrire la créance cédée, ou de ne pas profiter des avantages du titre aliéné, comme par exemple des privilèges attachés aux actions de fondateur au cas de nouvelle émission, les droits de l'absent sont dès lors gravement compromis ; d'un autre côté quand un administrateur quelconque agit en nullité, ce n'est pas comme vendeur qu'il poursuit, mais comme représentant de l'absent dont il est le mandataire ; la personne du garant éventuel disparaît, celle du propriétaire a qui la vente a été étrangère est seule en cause. A notre avis, ce droit appartiendrait *a fortiori* aux acquéreurs trompés qui, apprenant le défaut de titre du vendeur, refuseraient de conserver ainsi une situation incertaine (1).

164. — Nous ne pouvons abandonner la question de l'absence, sans examiner une situation voisine de celles des envoyés en possession et dans laquelle se présente un autre cas d'administration du patrimoine d'autrui,

1. Laurent, t. 2, n° 177. Demol. t. 2, n° 137. Aubry et Rau L. 1, § 153, note 30.

Digitized by Google

celle de l'héritier apparent. Le mandat légal que nous venons d'étudier en dernier lieu a pour objet les biens qui appartenaient à l'absent au moment de ses dernières nouvelles ; nous devons examiner quel serait le sort de ceux qui lui seraient échus depuis sa disparition et dont la dévolution à son profit est subordonnée à la preuve de son existence. Le Code semble en investir ceux-mêmes qui devraient y avoir droit au cas de mort de l'absent. Mais celui-ci, de retour, le droit présumé de ces possesseurs intérimaires est démontré n'avoir jamais existé et l'absent recouvre les biens qui lui avaient été réellement dévolus. Pendant cet intervalle, les tiers que l'on a pu croire véritablement héritiers et qui se trouvent n'avoir été qu'héritiers apparents, ont détenu les biens faisant partie d'une succession à laquelle ils n'étaient pas appelés, au moins pour le tout, ils les ont administrés ; ils ont pu même se livrer à de véritables actes de disposition. Ces actes seront-ils opposables au véritable propriétaire ; et entre autres les aliénations de valeurs mobilières qu'ils auraient pu réaliser sont-elles nulles à l'égard de l'absent de retour?

165. — A ne consulter que les principes, on comprend difficilement comment le doute peut s'élever en pareille matière. L'héritier apparent eût été appelé a défaut de l'absent, mais le retour de celui-ci fait évanouir son titre et démontre qu'il n'a jamais été propriétaire. Il ne s'agit même pas d'invoquer contre lui la rétroactivité de la condition résolutoire ; car cette dernière suppose au moins en fait une propriété intérimaire qui a réellement existé au profit de celui contre lequel la condition se réalise. Ici la fiction est inutile, la propriété n'a pas été conditionnelle, elle n'était qu'apparente ; il y a eu simple possession. Il n'y a pas eu mandat, du moins mandat exprès. Dès lors celui qui n'est pas propriétaire et qui n'a reçu mandat ni du propriétaire ni de la loi est sans droit pour aliéner ; les ventes qu'il réalise sont assimilées à la vente de la chose d'autrui et nulles comme telles. Ce principe n'a jamais fait de doute pour un simple possesseur ordinaire, et cela sans qu'il y ait à tenir compte, à ce point de vue du moins de sa bonne ou mauvaise foi. Il y a loin cependant qu'il en soit ainsi pour le possesseur spécial dont nous parlons. La question à son égard est assurément fort délicate, elle serait surtout intéressante pour notre sujet, si, comme semblerait l'indiquer M. Demolombe, la jurisprudence faisait réellement une application différente de son système suivant qu'il s'agit d'immeubles ou de valeurs mobilières, application qui, contrairement à la pratique ordinaire, consisterait à valider les premières et à annuler les secondes, par suite à accorder aux meubles incorporels une protection plus grande qu'à la propriété immobilière : ce serait le renversement de toutes les idées reçues en cette matière ; et la question mérite à ce titre un examen quelque peu approfondi.

Digitized by Google

166. — Le droit Romain se préoccupait avant tout de la situation de l'héritier apparent; et même depuis le sénatus-consulte d'Hadrien on a pu croire que la crainte de le soumettre à garantie au cas d'éviction ait pu aller jusqu'à arrêter le droit de revendication de l'héritier réel. Le droit moderne au contraire s'est surtout préoccupé de l'intérêt des tiers, des acquéreurs; et c'est uniquement en leur faveur que l'on a voulu ressusciter le système que l'on prétend avoir été celui du sénatus-consulte. Il faut avouer en effet que leur situation mérite un examen sérieux. Lorsqu'il s'agit d'un bien acquis isolément à titre particulier, le sous acquéreur peut toujours consulter le titre de son auteur; il est à même d'en apprécier la valeur et de découvrir les vices dont il peut être affecté; il n'existait qu'un seul cas sous le régime du Code civil où le droit du vendeur pouvait rester inconnu à l'acheteur sans faute ni négligence de la part de celui-ci : les tiers ne pouvaient être mis en garde contre une vente antérieure, restée occulte, et non suivie de livraison. Or cette situation dès la mise en œuvre du Code civil avait provoqué des critiques nombreuses. La tendance moderne est d'assurer le crédit, de consolider les propriétes; et pour arriver à ce but on n'a pas craint de violer l'article 1599 lui-même; on a refusé de reconnaître le droit d'un premier acheteur devenu propriétaire en vertu de l'article 1138, et la loi de 1855 lui a préféré le second acquéreur dans tous les cas où le droit du premier n'aurait pas été rendu public, dans tous les cas par conséquent où l'erreur était invincible. On le voit, l'idée de la loi est de préférer l'acheteur de bonne foi, lorsqu'aucune faute ne peut lui être imputée, au propriétaire négligent. Il est un autre cas pourtant où la situation de l'acheteur peut paraître encore plus favorable; où non-seulement il n'a pu être à même de critiquer le droit du vendeur, mais où la loi elle-même semble lui en avoir garanti la légitimité; un cas où l'erreur n'est pas seulement invincible, où elle a été en quelque sorte favorisée par la loi. C'est celle de l'héritier appelé à défaut de tout autre parent plus proche, dont l'existence soit connue ou démontrée. En pareil cas, c'est la loi qui l'investit, qui le déclare propriétaire à la place de l'absent; peu importe que cette investiture soit entachée d'une sorte de condition résolutoire, au point de vue des tiers cette condition n'existe pas, la publicité de l'acte d'investiture n'en a pas fait mention. Il peut n'exister aucune trace de l'existence supposée de l'absent dans les actes qui constatent la dévolution des biens en faveur de l'héritier apparent et les tiers n'ont aucun moyen de soupçonner l'éventualité de ses légitimes prétentions; ils seraient en pareil cas trompés, et trompés par la loi, qui, dans tout autre cas, quand elle confie le bien d'autrui à un administrateur étranger, a soin de prendre des garanties et qui n'a rien fait ici ni pour assurer la restitution possible, ni pour avertir les tiers. Cette considéra-

Digitized by Google

tion est bien la seule que l'on ait eu en vue; et ce qui le prouve, ce sont les distinctions de fait, en elles-mêmes fort peu juridiques, que la doctrine et la jurisprudence ont introduites dans l'application de leurs différents systèmes.

On a d'abord universellement admis la bonne foi de l'acquéreur comme condition de la validité de l'aliénation ; c'est qu'en effet pour s'intéresser à lui, il faut qu'il le mérite. De plus, d'autres ont exigé la même condition chez l'héritier apparent vendeur. Il en est enfin qui cherchant à se rattacher à un principe, à une tradition, ont exhumé la distinction prétendue Romaine fondée sur les chances de perte que l'éviction pourrait faire subir à l'héritier apparent. Si la confusion règne dans les conditions auxquelles on subordonne la validité de l'aliénation, elle n'existe pas moins quant aux arguments sur lesquels on la veut établir.

167. — Le but aperçu, il fallait en effet trouver les moyens juridiques de l'atteindre. Et pour cela il n'y avait que trois sortes d'allégations possibles : Ou bien l'héritier apparent est vraiment propriétaire; ou bien, à supposer qu'il ne le soit que sous condition, la condition réalisée n'a point d'effet contre les tiers; ou enfin, s'il n'est propriétaire à aucun titre, il est mandataire investi des plus larges pouvoirs d'administration et même de disposition. Personne apparemment n'eut jamais la pensée de soutenir que l'héritier apparent fût propriétaire définitif de l'hérédité; puisque l'article 137 réserve à l'absent de retour la pétition d'hérédité et les autres droits qui peuvent lui appartenir. Mais du moins ne peut-on pas le considérer comme propriétaire intérimaire et assimiler sa situation à celle que fait l'article 132 aux envoyés à titre définitif? Pour ceux qui admettent la dévolution collective de la saisine, le droit de ce possesseur est établi par le fait même. L'acceptation seule, a-t-on dit, vient fixer les droits réciproques des divers successibles et jusque là chacun a le droit de se comporter vis-à-vis des biens héréditaires comme en étant le légitime propriétaire. Les actes de disposition qu'il fait à leur égard sont accomplis *pleno jure*, il ne dispose pas de la chose d'autrui (1). D'ailleurs comme cette idée sur la saisine est loin d'être admise par tous on a dû chercher une autre base capable de rallier tous les dissidents; on l'a trouvée dans l'analogie qu'offrait l'article 132. La loi, en effet, quand il s'agit des biens mêmes qui appartenaient à l'absent lors de la disparition arrive, à un moment donné, à en investir complètement ses héritiers présomptifs ; si bien que l'absent à son tour ne pourra plus réclamer que ce qu'il en reste. Les garanties de restitution disparaissent, les cautions sont déchargées, il n'y a plus de compte à rendre, les dégradations mêmes ne sont plus à la charge du possesseur ; sauf fraude ou collusion,

1. Cf. Aubry et Rau et arrêt de Rastignac Cass. 16 janv. 1843. D. 43. 1. 97.

Digitized by Google

tous les actes, même ceux de disposition, sont validés. Dès ce moment, la loi ne prend plus en considération que le droit de propriété probable des héritiers présomptifs ; entre deux droits incertains elle opte pour celui de ces deniers ; elle les couvre de sa protection ; et, si elle se trompe, l'absent ne sera pas admis à faire prévaloir l'intégralité de ses droits. L'intérêt privé a dû fléchir devant l'intérêt économique et général. S'il en est ainsi des biens qui composaient le patrimoine de l'absent, cela doit être vrai surtout de ceux qui ne lui appartenaient pas encore lors de sa disparition, dont il ignore l'existence à son profit ; c'est ainsi que par rapport à ces derniers la pétition d'hérédité sera prescriptible, tandis que la revendication contre les envoyés en possession définitif ne peut s'éteindre. D'ailleurs quand il s'agit des biens compris dans l'envoi en possession leur sort peut rester en suspens ; avant de prononcer, on doit attendre. Entre le droit de l'absent et celui de ses héritiers, le choix ne peut être immédiat ; car rien ne prouve qu'au jour de la disparition le droit des héritiers se soit ouvert ; le décès a pu n'avoir lieu que longtemps après ; tout ce que l'on peut dire, c'est que, à mesure que le temps s'avance, il devient plus probable. Tout autre est la situation des cohéritiers de l'absent ; ici il n'y a plus d'étapes successives à traverser ; de présomptions à suivre dans leur développement de certitude. Au jour où le droit s'est ouvert, l'absent vivait ou ne vivait pas ; s'il vivait alors, peu importe son décès postérieur, le droit des cohéritiers n'aura jamais existé ; mais à ce jour s'il était décédé, c'est à ce jour même que le droit leur aura été acquis. C'est donc à ce jour seul qu'ils ont pu devenir propriétaires, ce jour ou jamais. Pour eux il fallait donc choisir dès ce moment même.

On ne pouvait comme pour les héritiers présomptifs, reculer l'application de l'article 132, il ne pouvait être question d'en faire d'abord des administrateurs provisoires, puis des propriétaires. Il faut qu'ils soient, dès le premier jour, propriétaires à l'égal des envoyés en possession définitive, ou déchus de tout droit. Pour eux la situation de l'article 132 s'impose dès le début, ou ne doit jamais leur être appliquée. Or, entre ces deux extrémités, le doute était impossible. Entre celui dont l'existence est incertaine et le cohéritier présent, il était impossible que ce dernier ne fût pas préféré ; à quelque époque que s'ouvre la succession, il se trouvera investi des droits que donne l'article 132 aux envoyés en possession définitive ; sinon il faudrait dire que même se fût-elle ouverte plus de trente ans depuis la déclaration d'absence, plus de cent ans depuis la naissance de l'absent, ses cohéritiers n'acquerraient jamais la situation faite aux envoyés en possession. Le texte montre bien qu'il n'en est pas ainsi ; ces biens en effet, les cohéritiers ne les recueillent pas comme simples possesseurs, la loi les en investit comme elle fait pour les envoyés en possession, et à quel titre le fait-elle ? Est-ce à

Digitized by Google

celui d'administrateur? Évidemment non, car elle ne prend à leur égard aucune des précautions qu'elle impose aux mandataires légaux; du premier jet elle leur fait donc la situation de l'envoyé en possession définitive ; pas de caution, pas d'inventaire, aucune sorte de garantie; il est impossible de dire d'une façon plus précise qu'elle les met tous deux sur la même ligne. Le propriétaire de retour revendiquera seulement les biens qui subsisteront et dans l'état où ils se trouveront; à tous deux aussi elle accorde les fruits sans restriction ; la conséquence et que tous deux peuvent aliéner irrévocablement (1).

168. — Les partisans de l'assimilation entre les cohéritiers dont s'occupe l'article 137 et les héritiers présomptifs de l'article 132 ont été facilement combattus ; on n'a pas eu de peine à démontrer que la situation exceptionnelle de l'article 132 devait résulter d'un texte précis et ne pouvait être étendue par analogie ; on dut se résigner à ne plus déclarer l'héritier apparent propriétaire que sous condition résolutoire. Seulement on s'autorisa de certaines analogies pour écarter l'effet de la condition contre les tiers; il en est une en effet qui paraissait éminemment favorable, c'est celle que présentait la situation de l'héritier indigne. En pareil cas, sans qu'il y ait de texte précis mais par simple extension de ce que la loi décide en matière de révocation des donations, article 958, on a décidé que la résolution résultant de l'indignité laisserait intacts les droits acquis aux tiers. L'intérêt de ces derniers est le seul motif qui ait pu inspirer cette dérogation : ils avaient été induits en erreur par la loi elle-même qui leur avait présenté l'indigne comme le légitime héritier ; or, les partisans de l'héritier apparent ne disent pas autre chose. Ici encore il est difficile de maintenir l'assimilation ; l'exception admise au sujet de l'indigne tient uniquement à des considérations spéciales, elle ne fait que reproduire l'effet ordinaire de toute disposition ayant un caractère pénal. Rien de semblable n'existait en notre matière. De plus, on s'est demandé si entre le possesseur de bonne foi qui a traité avec un acquéreur à titre particulier et celui qui a acquis d'un héritier supposé il y aurait toujours au profit de ce dernier une différence telle qu'elle puisse légitimer des protections si diverses. D'ailleurs la loi a établi en faveur de la bonne foi des tiers, quelle que soit sa cause et son mérite, un système unique et général de compensation, elle leur permet de prescrire dans un délai plus court et leur laisse les fruits qu'ils ont perçus ; or, les articles 137 et 138 ne font que reproduire ici ces deux dispositions favorables et n'en indiquent pas d'autres en dehors d'elles. Aussi dans l'impossibilité légale d'échapper aux conséquences absolues de la condition résolutoire on dut re-

1. Aubry et Rau, tom. VI, § 616, note 2.

Digitized by Google

courir au moyen suprême, celui du mandat légal. Il est proposé par M. Demolombe, au reste avec une confiance limitée et comme un pis aller à l'effet d'étayer une solution que les errements de la pratique semblent lui imposer à l'encontre des principes rigoureux du droit commun (1). Il fait lui-même cet aveu compromettant.

Une considération semble en effet l'avoir touché ; c'est que, quelque théorie que l'on admette, il faudra reconnaître à l'héritier apparent le droit d'administrer ; il y a donc des actes qui devront être validés en dépit de la résolution de son droit ; comment l'expliquer si ce n'est par l'idée d'un mandat légal tacite ? Or, le mandat que la loi confère peut être illimité dans son étendue ; ici aucun texte ne vient le restreindre, c'est donc qu'il doit comprendre tous les actes de gestion, même ceux de disposition. Cette assertion assurément n'est autre chose qu'une assertion ; nous savons, à n'en pas douter, que le mandat quel qu'il soit, si général qu'on le suppose, et celui qui vient de la loi plus encore que celui donné par le propriétaire, ne saurait jamais, à moins d'énonciation formelle à se sujet, s'étendre au-delà des actes d'administration. D'ailleurs tout mandat suppose un compte à rendre, tout compte implique la nécessité d'un inventaire préalable et la loi n'en exige aucun. Cette explication est surtout contraire à la vérité des faits. L'absent est pour les cohéritiers comme s'il était prouvé qu'il n'existât plus ; et dès lors ceux-ci s'emparent des biens de la succession à titre de propriétaires et avec l'intention manifestée d'exercer les droits que ce titre comporte ; que ce dernier ne soit qu'apparent ou résoluble, il n'importe, c'est la seule qualité qu'ils acceptent ; et ils protestent eux-mêmes contre la situation de mandataires qu'on prétend leur faire.

169. — De ces trois sortes d'argumentation, la jurisprudence n'a jamais accepté la dernière et reste flottante entre les deux autres. Nous n'avons pas à l'étudier spécialement en ce qui concerne les immeubles ; pour ce qui est des valeurs mobilières, il semblerait, d'après les arrêts invoqués par M. Demolombe, qu'elle hésitât à leur appliquer son système et par suite à en valider l'aliénation. Cependant il nous a été impossible de trouver parmi les arrêts cités un seul cas qui soit exactement celui de l'héritier apparent. Il n'y est question que du simple possesseur de bonne foi lequel, nous le savons, est impuissant à transférer valablement aucun droit appartenant à autrui, qu'il s'agisse de meubles incorporels ou d'immeubles. L'un deux semble même établir une opposition formelle entre les deux classes de possesseurs. Il s'agissait d'une substitution éteinte et par suite illégalement recueillie par les représentants du substitué ; l'arrêt dénie formellement à ceux-ci la qua-

1. Demol. Absence, n° 249-251.

Digitized by Google

lité d'héritiers apparents, et, les assimilant dès lors aux possesseurs ordinaires leur fait l'application pure et simple de l'article 1599 (1). Tout ce que l'on peut dire, c'est que, lorsqu'il s'agit de meubles incorporels, la jurisprudence ne semble pas admettre que ces droits puissent être l'objet d'une possession véritable et par suite elle pourrait être conduite à ne faire aucune distinction entre le possesseur à titre universel que nous appelons l'héritier apparent et les autres. « On ne concevrait pas, dit l'article de 1836, que celui qui ne peut pas même avoir la possession proprement dite de droits incorporels appartenant à un autre, pût valablement en transférer la propriété : Et ainsi la loi ne peut reconnaître et ne reconnaît en effet par aucun texte la qualité de propriétaire apparent en fait de droits incorporels. » La généralité de cette dernière phrase semble bien impliquer l'impossibilité de faire exception pour le cas d'héritier apparent et l'obligation pour la jurisprudence d'invalider en pareil cas les cessions de créances et valeurs tout en maintenant les aliénations d'immeubles. L'hypothèse ne s'étant pas présentée, elle n'a pu en venir toutefois à cette extrémité ; et si elle s'y trouvait conduite, je crois qu'il lui serait facile d'établir l'harmonie dans son système en fondant la possession apparente des titres et valeurs sur l'article 1240 qui semble bien l'admettre au moins pour le cas qui nous occupe. Et comme elle n'envisage que l'intérêt des tiers, il serait difficile que la bonne foi d'un cessionnaire de créances ne lui parût pas digne au même degré de sa bienveillante protection. Aussi croyons-nous qu'elle maintiendrait à n'en pas douter le transfert qui eût été réalisé par l'héritier apparent. C'est pourquoi nous n'avons pas distingué en faisant l'exposé des différents systèmes et ne croyons pas davantage avoir à le faire en essayant d'en esquisser la réfutation.

Nous avons à ce sujet peu de chose à ajouter aux considérations déjà développées. Si la théorie du mandat légal est inadmissible, si la dérogation proposée aux effets ordinaires de la condition résolutoire est injustifiée et ne peut être étendue d'un cas à un autre ; reste donc uniquement l'assimilation faite avec le cas de l'article 132. L'erreur vient, je crois, de l'importance exagérée que l'on donne au mot « dévolue » de l'article 136 ; on y voit une sorte d'investiture légale en vertu de laquelle la loi vis-à-vis des tiers se porterait garante du droit de l'héritier apparent, au même degré que le tribunal qui prononce l'envoi en possession à titre définitif. Or, le but de la loi est beaucoup plus simple ; les articles 137 et 138 n'ont d'autre prétention que de faire l'application du droit commun ; le législateur même aurait

1. Demol. *loc. cit.* n° 252. Arrêts cités par M. Demol. Cass. 4 mai 1836, 11 mai 1839, 14 août 1840. Sir. 36, 1,353. — 39, 1,169. — 40, 1,753.

Digitized by Google

pu se dispenser de les écrire, s'il n'avait craint que les envoyés en possession ne vinssent à élever quelques réclamations au sujet des successions ouvertes au profit de l'absent depuis sa disparition. En prévision de cette éventualité, il a cru devoir rappeler les principes généraux en cette matière. Pour succéder, il faut exister, et c'est à celui qui réclame un droit quelconque subordonné à la condition d'existence du titulaire, de prouver que celui-ci existait réellement. Or, les envoyés ne pouvant faire la preuve de la survie de l'absent, ils ne peuvent avoir du chef de ce dernier aucun titre à la succession. Les cohéritiers de l'absent sont jusqu'à preuve du contraire les seuls héritiers reconnus ; la loi n'établit donc à leur profit aucune dévolution nouvelle, elle ne les investit d'aucun droit auquel ils ne fussent originairement appelés ; elle ne fait que consacrer à leur profit un bénéfice préexistant ; ils se présentent comme propriétaires de l'intégralité puisque en face d'eux n'existe aucun autre compétiteur dont le droit soit démontré ; dès lors la loi n'a même pas à intervenir, elle ne peut ni discuter leur droit ni l'entraver ; de là cette absence nécessaire de contrôle et de garantie ; un fait existe, devant lequel la loi s'incline, ce fait est le défaut de tout autre héritier dont l'existence soit prouvée. Mais le jour où ce fait sera démontré faux il le sera à l'égard de tous. La vérité reprendra ses droits, comme il en serait à l'égard de tout possesseur apparent d'un droit transmis à titre particulier. Ceci est admis aujourd'hui sans contestation, même à l'égard d'un substitué apparent ; celui qui a recueilli à faux une substitution directe est reconnu comme le légitime propriétaire jusqu'à preuve du contraire ; mais le jour où les cohéritiers du substitué font cette preuve, démontrent que son droit n'existait plus, le fait admis comme vrai est désormais reconnu faux ; il tombe avec toutes ses conséquences. Entre cette hypothèse et celle de l'héritier apparent ordinaire l'assimilation est presque complète et l'on ne saurait comprendre le défaut de protection à l'égard des tiers qui ont traité avec le substitué dont le droit est éteint, quand il a semblé si intéressant, si indispensable d'armer de toutes pièces ceux qui ont traité avec le faux héritier. Les considérations économiques invoquées ont pour but d'écarter l'incertitude que les propriétaires peuvent avoir sur la consolidation ou l'existence de leurs droits, incertitude qui paralyse leurs projets d'amélioration et nuit à la culture des terres ; or, tel n'est pas le cas puisque nous supposons le tiers de bonne foi, c'est-à-dire se croyant légitime acquéreur et propriétaire ; cette incertitude redoutée n'existera donc pas dans son esprit. Cette raison peut être admise contre les conditions résolutoires apparentes, mais non contre celles qui restent inconnues. Contre ces dernières, c'est seulement au nom d'une sorte d'honnêteté publique que l'on pourrait s'élever, puisqu'elles constituent contre le tiers de bonne foi une surprise véritable, et comme un piége qui lui a été tendu.

Digitized by Google

Cependant cette surprise n'existe pas moins dans le système de nos adversaires à l'encontre de l'absent qu'on dépouille. Il a beau être en faute, ce qui peut encore être une question, quoi qu'en ait dit M. Jozon (1), la loi n'a pas le droit de lui imposer comme sanction la perte des biens qui devaient lui appartenir et sur lesquels il n'a pu compter légitimement. Quoiqu'on fasse, il y aura toujours un droit violé, un trouble apporté dans la constitution de la propriété ; d'ailleurs ce trouble qu'on veut éviter aux tiers n'existera-t-il pas avec les mêmes conséquences à l'égard des biens conservés par l'héritier apparent ? Il les a crus siens avec raison, il a fait à leur sujet des dépenses peut-être considérables ; ils ont servi à de nouvelles combinaisons d'établissement ; le déposséder sera peut-être porter à son commerce, à sa situation matérielle une atteinte considérable, qui donc a songé à s'appuyer sur ces considérations pour enlever à l'absent de retour la pétition d'hérédité ? on ne les fait intervenir que lorsqu'il n'a plus dans son patrimoine les biens provenant de la succession, qu'il les a aliénés : on invoque alors l'intérêt de ses ayants-cause, des tiers-acquéreurs.

Cependant ici même nous serions encore plus disposé à accepter le point de vue romain et à prendre en considération l'intérêt, non des tiers, mais de l'héritier apparent. Tandis que les envoyés, pour ce qui est des biens appartenant à l'absent ou jour de sa disparition, voient leurs pouvoirs s'élargir avec le temps et en tout cas nettement définis ; l'héritier apparent, pour des biens qui sont peut-être les siens, n'est jamais assuré de faire un acte valable et solide. Tout ce que l'on peut dire en sa faveur, c'est que les aliénations par lui opérées de bonne foi ne pourront pas lui nuire, en ce sens non pas que la crainte de le soumettre à garantie pût suffire à la valider, mais en ce sens que les dommages-intérêts dont il pourrait être tenus en cas d'éviction devront être avancés au préalable par l'héritier réel. Là s'arrête le summum des concessions que l'équité puisse admettre en faveur de l'héritier apparent, il ne peut être permis de les étendre en faveur des tiers acquéreurs qui ont traité avec lui. — Si invincible qu'ait été l'erreur de ceux-ci, du moment qu'il s'agit uniquement d'une question de bonne foi, nous ne saurions admettre de degré en cette matière. La bonne foi est toujours d'une qualité égale, elle a même mérite et réclame même protection : cette protection, le droit commun la lui accorde au moyen de la prescription abrégée et de l'acquisition des fruits ; on ne saurait admettre en faveur d'une bonne foi privilégiée l'inégalité de situation qui pût aboutir à faire de la bonne foi elle-même un titre instantané d'acquisition en dehors de tout délai de

1. Rev Prat., 1862, t. XIV.

Digitized by Google

prescription. Ni l'équité, ni les principes du droit n'y peuvent consentir, nous avons vu que les textes étaient également contraires à cette solution. Il ne nous reste plus qu'à proclamer nulles, en vertu de l'article 1599, toutes aliénations consenties par l'héritier apparent, et par suite les aliénations de valeurs mobilières (1).

171. — Nous avons même à ajouter à ce sujet que nous ne saurions admettre en principe que les aliénations de valeurs mobilières faites par l'héritier apparent pussent se trouver validées après coup à titre de gestion d'affaires, dans les cas où nous avons reconnu qu'il pourait en être ainsi pour le mandataire légal. D'abord l'héritier apparent n'étant pas mandataire il n'y a plus à lui faire application de la théorie que nous avons étudiée en matière d'acte excessif ; mais il y a plus, il se présente lui-même comme propriétaire et n'a nullement l'intention de faire l'affaire d'autrui. Il croit et veut agir dans son propre intérêt.

172. — Tel est le principe : ni mandataire, ni gérant. Mais cette regle doit fléchir pour toute une catégorie d'actes, pour tous ceux qui sont nécessaires à la liquidation même de la succession. C'est là un fait qui s'impose à quiconque la recueille, ne serait-ce qu'à titre provisoire. L'héritier appelé, même dans les conditions précaires que nous savons, n'en est pas moins vis-à-vis de la loi et des créanciers héréditaires le seul liquidateur légitime ; comme le prouve l'article 1240 qui valide tous les paiements reçus par lui lors même qu'il viendrait à dissiper les deniers et que l'héritier réel n'en recouvrerait aucun. Si donc quelque aliénation de titre rentre comme mesure nécessaire dans les opérations de liquidation, nous devrons admettre, en vertu des pouvoirs tacites qui lui sont reconnus à ce sujet, qu'il pourra valablement y procéder (2).

SECTION II

POUVOIRS DU TUTEUR RELATIVEMENT AUX ALIÉNATIONS DE VALEURS MOBILIÈRES.

§ I. — *Législation antérieure à la loi du 27 février 1880.*

§ 1. — 173. — Nous avons vu la loi prendre en main l'intérêt des absents et veiller à la conservation de leurs biens ; cette protection est le

1. Laurent. tom. 9, art. 559 et suiv. Cf. Jurispr. belge : Bruxelles 7 janv. 1847 (Pasicr. 47, 1, 294). Gand, 12 mai 1843 (Pas. 44, 2, 40). Bruxelles 10 fév. 1830 (Pas. 1830, p. 39). Dans le même sens Poitiers 13 juin 1822.

2. Laurent. *Loc. cit.*

Digitized by Google

fruit d'une civilisation déjà avancée et le résultat de vues économiques plus larges et mieux comprises. L'Etat se substituant au simple particulier pour empêcher le dépérissement des fortunes, c'est une idée qui contraste singulièrement avec le principe du chacun pour soi des législations primitives. Il en est tout autrement des administrations légales dont nous avons maintenant à nous occuper dans les autres sections de ce chapitre. Elles ont de tout temps été l'objet de l'attention la plus vigilante du législateur ; c'est qu'elles ont trait à la protection des incapables. Que l'individu maître de ses droits et de ses facultés laisse par négligence son patrimoine s'en aller à la dérive, ce peut être une situation dont la société n'a pas à se préoccuper. Elle se charge au contraire de l'intérêt de ceux qui en raison de leur âge ou de leur état d'esprit sont incapables de veiller eux-mêmes à la gestion de leur propre fortune. Aussi semble-t-il à première vue que les mesures de protection que nous allons trouver dans la loi seront plus sérieuses et plus nombreuses encore. Cependant il n'en sera pas toujours ainsi ; car nous touchons au droit de famille. L'Etat rencontre ici une autorité antérieure à la sienne et dont il doit respecter les prérogatives. Des traditions anciennes et légitimes ont laissé jusque dans notre droit moderne leur trace profonde et tendent à écarter considérablement le rôle de la société publique en face de la société domestique. Il n'y a pas là seulement un simple principe de morale platonique et de pur droit naturel ; cette idée répond à l'intérêt bien entendu des incapables. Elle assure mieux que tout autre le respect des situations particulières, la réalisation des vues d'avenir personnelles à chacun, et soustrait l'incapable à l'uniformité d'une gestion idéale et abstraite qui parfois néglige de tenir compte des circonstances de fait les plus importantes. Ceci nous explique l'intervention d'un pouvoir nouveau qui prend la place principale et ne laisse à la justice représentant de la société, qu'un rôle de surveillance et de contrôle suprême. Ce pouvoir est le conseil de famille. Nous allons ainsi dans la plupart des cas nous trouver en présence de trois autorités différentes. Un administrateur chargé de la gestion du patrimoine, sorte de pouvoir exécutif ; un conseil de famille ayant mission de décider les questions importantes, d'imprimer une direction générale, en un mot servant de pouvoir législatif ; et enfin le tribunal dépourvu en général de toute initiative personnelle, mais appelé à sanctionner les actes les plus graves, sorte de sénat suprême.

174. — Nous avons à parler dans cette section de la tutelle des mineurs ; la question qui se pose reste la même : le tuteur peut-il aliéner les valeurs mobilières du pupille. C'est sur ce terrain que la lutte a été la plus vive entre les partisans de l'interprétation restrictive du Code civil au point de vue des droits mobiliers et ceux qui croyaient pouvoir étendre à ces sortes

Digitized by Google

de biens les garanties édictées en faveur de la fortune immobilière. C'est là en effet que se trouvaient engagés les intérêts les plus graves ; l'administration tutélaire se rencontre fréquemment elle peut s'exercer pendant un temps relativement long, elle s'applique aux fortunes les plus importantes, elle tient en main l'avenir même de ceux qui sont les représentants des familles. Elle comprend aujourd'hui un nombre considérable de valeurs mobilières. Aussi est-ce à son sujet que nous verrons s'élever, comme conséquence des incertitudes et des dangers de la jurisprudence, le premier essai de réforme législative fait en vue de la protection de la fortune mobilière (Loi de 1880). La question que nous nous posons a donc été législativement résolue pour le tuteur. L'histoire des variations de la jurisprudence antérieure à la loi nouvelle n'en mérite pas moins une étude attentive ; elle met en jeu les plus graves principes de droit, et il est peu d'étude plus capable de nous faire comprendre comment peuvent se réaliser les vrais progrès législatifs ; ceux qui sont l'expression des besoins légitimes et non d'opinions passagères et sans fondement, qui savent respecter les bases générales de la législation tout en faisant droit aux nécessités nouvelles. Cette étude ne sera pas absolument dépourvue de tout intérêt pratique ; la loi nouvelle est encore assez récente pour que des questions de validité puissent s'élever aujourd'hui même au sujet d'aliénations de valeurs consommées avant 1880. Actuellement encore, certains principes de droit international privé peuvent mettre en jeu l'application de l'article 452 relativement aux incapables soumis par la loi de leur pays à l'ancien Code civil français, comme cela existe en Belgique. La solution que nous aurons à donner sur l'article 452 n'est du reste pas isolée, elle correspond à un système général applicable à tous les actes de disposition non compris dans l'article 457 (1). Enfin cette controverse a un intérêt pratique considérable pour tous ceux, et ils sont nombreux, qui assimilent entièrement les pouvoirs du père administrateur à ceux du tuteur tels qu'ils ont été réglés par le Code civil.

175. — L'intérêt démontré, demandons-nous quels étaient, avant la loi de 1880, les pouvoirs du tuteur relativement aux valeurs mobilières du pupille. Le Code, fidèle au système de rédaction que nous avons déjà signalé, contenait, à propos de l'administration du tuteur, deux dispositions : l'une prohibant l'aliénation des immeubles, l'autre réglant la vente des meubles au début de la tutelle. Aussi nous trouvons-nous en face des mêmes procédés d'interprétation : un système, qui se fait une arme de la mesure prohibitive restreinte aux immeubles, pour livrer l'aliénation de tous les meubles, sans distinction, à la pleine et entière discrétion du tuteur ; l'autre

1. Cf. Douai 13 août 1855, J. Pal. 55, p. 411.

Digitized by Google

qui, se basant sur l'intervention du conseil de famille chargé de présider, dès le début de la tutelle, à la vente du mobilier, veut, comme en matière d'absence, en tirer une induction légitime contre les larges pouvoirs de disposition dont on voudrait investir le tuteur. Il ne resterait donc, semble-t-il, qu'à nous référer à la discussion et à la réfutation que nous avons exposées en matière d'absence. Il en serait ainsi si trois éléments nouveaux ne venaient ici encore élargir le terrain de la lutte et compliquer quelque peu la question. Le premier est, d'abord, que l'article 452 est conçu d'une façon un peu différente de celle de l'article 126 ; le second est tiré de la nature même des pouvoirs d'administration accordés au tuteur et qui se séparent, sur beaucoup de points, de ceux des autres mandataires légaux ; le troisième, enfin, dérive de textes législatifs postérieurs au Code civil qui, sous prétexte de le modifier sur un point, ont prétendu l'interpréter dans le sens de l'un des deux systèmes indiqués plus haut. En présence de ces éléments nouveaux, nous devons diviser notre question et répondre aux trois points suivants : 1° L'aliénation des valeurs mobilières était-elle obligatoire au début de la tutelle? 2° Sous quelle forme pouvait-elle avoir lieu? 3° Était-elle soumise, au cours de la tutelle, à l'autorisation du conseil de famille ou même à l'homologation du tribunal ?

176. — 1°. Nous avons vu pourquoi l'envoyé en possession n'est pas obligé de faire vendre les meubles ; le tribunal intervient seulement pour lui imposer la vente s'il y a lieu. Pour le tuteur, la situation est différente : placé à la tête d'un patrimoine dont le véritable titulaire ne doit prendre la direction que dans un délai connu et déterminé, il n'a pas le droit de laisser inactives des valeurs qui se trouveront dépréciées au jour où l'incapable deviendra maître de ses droits. Aussi la vente des meubles lui est-elle imposée et le conseil de famille n'intervient ici que pour soustraire certains meubles à cette aliénation. C'est en cela que l'article 452 diffère de l'article 126. La généralité et le but de l'article 452 ne laissent donc aucun doute en ce qui regarde le mobilier corporel ; il doit être vendu. La question est de savoir si, sous le terme qu'il emploie, l'article 452 a entendu comprendre les meubles incorporels. Certains auteurs l'ont soutenu ; ni le but de l'article 452, interprété d'après les traditions historiques, ni les formes qu'il impose et qui paraissent applicables seulement aux meubles corporels, ni son texte si précis, si transparent en lui-même ; rien n'a pu faire naître aucun scrupule dans leur esprit, au sujet de la rigueur d'extension qu'ils ont voulu donner au mot meubles de l'article 452. Car c'est là, en somme, le seul argument qu'on ait pu fournir en faveur de cette opinion. L'article 452 parle de tous les meubles en général, il établit d'ailleurs une disposition qui semble bien faire opposition avec celle relative aux immeubles et mettre en regard les

Digitized by Google

deux classes de biens ; dès lors, des trois articles du Code qui déterminent l'étendue du mot meubles, l'article 535, le plus large de tous, le plus compréhensif, est seul applicable. A quoi M. Coin-Delisle (1) ajoute, d'une façon peut-être un peu malencontreuse, que l'article 102 de l'ordonnance, tout à fait dans ses origines, avait la même extension et qu'il a fallu l'intervention du président de Lamoignon pour la restreindre, ce qui impliquerait l'intention chez les rédacteurs du Code de prendre le droit ancien, non pas dans son dernier état et avec les améliorations qui lui avaient été apportées, mais dans ses origines brutes et sous sa forme incomplète ; M. Coin-Delisle est persuadé, du reste, que cette généralité rentre admirablement dans le but de la loi, que rien n'est plus périssable que certains meubles incorporels, comme la rente viagère, par exemple, comme la propriété littéraire ou un fonds de commerce que le mineur est incapable de continuer. Enfin, n'a-t-on pas toujours la ressource du *vilis mobilium possessio* ? On croit pouvoir démontrer qu'il s'étendait alors même aux valeurs mobilières, et par conséquent que le vœu du législateur était de les convertir en argent pour qu'il fût fait emploi du prix. D'ici là, l'idée et les faits ont pu changer, il n'en fallait pas moins jusqu'à modification législative, prendre l'article 452 avec le sens que ses auteurs lui avaient donné.

177. — Ce que nous avons dit déjà au sujet des définitions données par le Code au chapitre des meubles nous permet de rejeter du débat l'article 535, sans y insister davantage. Il nous semble préférable de suivre M. Coin-Delisle sur le terrain historique où il n'a pas craint de se placer. Il a raison sans doute lorsqu'il pense qu'il est impossible d'interpréter les dispositions du Code en faisant abstraction de la tradition. Le Code n'est pas une œuvre sortie de toutes pièces, tout armée, de la pensée de ses auteurs et ne relevant que d'eux seuls. Ceux-ci n'ont fait le plus souvent que choisir parmi les procédés anciens et les coordonner. Mais peut-on croire qu'ils aient entendu se référer non pas aux pratiques qui s'étaient continuées presque jusque sous leurs yeux et qui représentaient les derniers progrès de la jurisprudence, mais aux sources primitives et souvent défectueuses du droit coutumier ? C'est ainsi que l'article 452 n'est que la reproduction d'un usage fort ancien que nous avons expliqué avec l'article 102 de l'ordonnance ; cet usage était depuis longtemps délimité, exactement précisé ; nous savons qu'il ne s'appliquait pas aux meubles incorporels ; la pratique était à ce sujet depuis longtemps fixée et stable. Or comment supposer que, sans s'en expliquer autrement, le Code ait rejeté cette pratique formelle pour remon-

1. Coin-Delisle, *Rev. cr.*, t. XIV, p. 303. Cf. H. Barthélemy, *De l'aliénation des meubles par les administrateurs légaux*, thèse 1882, n° 88 à 60.

Digitized by Google

ler à l'explication, très contestée d'ailleurs, qu'on a pu donner de l'article 102 à ses toutes premières origines ? M. Coin-Delisle en voit la preuve dans les projets qui ont procédé le Code civil et entre autres dans celui de Cambacérès, qui sans ambiguité possible parle de tous les meubles sans imposer cette fois aucune formalité susceptible de s'appliquer seulement aux meubles corporels. Nous ne savons si le projet Cambacérès, dont le plus grand mérite d'ailleurs était le laconisme poussé jusqu'à l'obscurité, a eu l'intention de remonter pour l'interprétation du nouveau Code jusqu'à l'année 1566 ; mais ce qui est certain c'est que l'article 222, auquel on fait allusion, obligeait dans tous les cas le conseil de famille à intervenir de son autorité propre au début de la tutelle pour régler la question de vente du mobilier. Dès lors s'il doit toujours se prononcer en cette matière, il s'en suit que la responsabilité du tuteur est toujours à couvert, qu'il ait vendu ou conservé les valeurs mobilières ; et par suite la question serait dépourvue d'intérêt pratique. L'article 452 n'est plus redigé de même et revient purement et simplement au système de l'Ordonnance, sans qu'il y ait à tenir compte du droit intermédiaire. Le but de la loi est d'ailleurs manifeste ; on a voulu que les objets qui par leur nature même ne produisent aucun revenu et que le temps, même à défaut de l'usage, détériore ou déprécie chaque jour, fussent remplacés par des biens capables de constituer un placement. Pour que la vente fût ainsi imposée il fallait donc qu'elle s'appliquât seulement à des objets qui en principe renfermassent ces deux conditions désavantageuses. Or, les meubles incorporels, nous le savons, présentent par essence les deux avantages opposés. C'est d'ailleurs un véritable abus de langage de les appeler même par exception des meubles périssables. La rente viagère que l'on cite est sans doute destinée à s'éteindre, mais avec la vie seulement du créancier. On nous représente les fonds de commerce comme destinés à être vendus à la mort du père de famille laissant un mineur pour héritier ; c'est le contraire qui arrive tous les jours. Avec quel soin vigilant ne conserve-t-on pas au mineur sa part dans une société commerciale ? Que d'efforts, que de procédés ingénieux n'emploie-t-on pas pour être en mesure de lui réserver pour l'avenir la situation paternelle ; on place à la tête de l'établissement un gérant provisoire, ou bien on vend à réméré, quelquefois, surtout en matière d'offices, on a recours, à défaut de moyens légaux, à de simples promesses d'honneur ; quoi qu'il en soit c'est la position future de l'enfant qui se trouve en jeu ; la vente est la ressource extrême à laquelle on ne se résout qu'à la dernière extrémité et qui peut-être, sans nos lois rigoureuses en matière de partage, ne trouverait que bien rarement son application. Pour ce qui est des valeurs mobilières proprement dites, nous avons vu que même en 1804 elle ne se trouvaient pas absolument comprises dans le dé-

Digitized by Google

dain qui s'attachait aux biens corporels mobiliers. Le législateur allait au contraire fortifier le crédit de l'État, et certainement il ne pouvait avoir la pensée de classer les effets publics parmi les objets périssables auxquels seulement peut s'appliquer l'article 452. Il entendait au contraire les proposer au tuteur comme le meilleur placement des deniers pupillaires ; et il ne pouvait conseiller la vente d'un bien dont il aurait recommandé le rachat immédiat. Tous ces motifs se trouvent d'ailleurs confirmés par le texte même de l'article 452 dont chacune des expressions ne vise que des objets matériels. Il impose un délai préfixe ; est-ce possible pour des titres qui ne peuvent se vendre opportunément que suivant les occasions qui se présentent ? Il parle de vente aux enchères et de formes que nous allons voir à peu près inapplicables aux biens de cette espèce. Il se termine enfin par une expression qui ne peut guère se rapporter qu'à un objet corporel, il parle des meubles que le conseil de famille aurait autorisé le tuteur à conserver *en nature* ; c'est-à-dire dans la forme où le défunt les a laissés ; or, qu'est-ce que la forme matérielle d'une rente ou de toute autre valeur ?

178. — 2° Battus ainsi sur le terrain de la vente obligatoire, les partisans résolus de l'application de l'article 452 ont voulu du moins en retenir les formes. Il semble bien extraordinaire cependant après avoir déclaré que l'article 452 ne comprenait pas les meubles incorporels parmi ceux qui doivent être vendus au début de la tutelle, de prétendre les soumettre aux formalités dont cette vente est entourée. Rejeter la disposition principale pour retenir la disposition accessoire, c'est illogique. Les formalités de l'article 452 ne s'appliquent textuellement qu'aux meubles compris dans la vente obligatoire dont il traite, et vouloir les étendre à ceux auxqels reste étrangère la disposition principale de l'article 452, c'est faire de l'arbitraire. La seule explication possible de cette anomalie est le désir de retenir au moins une apparence de protection, de s'assurer un refuge suprême contre les dangers auxquels conduisait le système le plus récent de la jurisprudence, n'exigeant d'autorisation d'aucune sorte pour la vente des meubles incorporels du pupille. Effrayé de la liberté laissée au tuteur, on désirait au moins lui imposer la nécessité de la vente aux enchères. M. Coin-Delisle voulait même transporter en cette matière l'ordonnance du président exigée par l'article 945 Cod. proc. pour la vente du mobilier provenant d'une succession. Ce sont bien là pourtant deux ordres d'idées différentes ; sans doute les meubles du pupille sont en général des meubles dépendant d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. Mais, outre qu'il n'est pas certain que l'ordonnance soit imposée même à l'héritier bénéficiaire, il faut se garder de transporter les garanties de l'un à l'autre cas. Si le tuteur, représentant du mineur en tant qu'héritier bénéficaire, n'a pas acccompli les formalités

Digitized by Google

exigées dans l'intérêt des créanciers du défunt, il pourra être déclaré responsable envers eux; il ne s'en suivra pas que la vente sera annulable, comme nous devrions le dire s'il s'agissait d'une mesure exigée dans l'intérêt du pupille. Ce désarroi des partisans de la liberté absolue du tuteur arriverait à soumettre les titres et valeurs à des formes de vente auxquelles certainement ils répugnent et, sous prétexte de garantie, à exposer grandement l'intérêt des mineurs. L'article 452 exige la vente aux enchères; or la loi n'a nulle part, sauf pour les rentes sur particuliers, réglé les formes de la vente aux enchères d'un titre d'action ou d'obligation. De plus cette formalité de la vente publique sera souvent moins avantageuse que la vente à la Bourse, la Bourse étant le marché spécial institué pour cette catégorie de marchandises. C'est là que les enchérisseurs se rencontrent; tandis qu'un notaire de petite ville chargé de vendre des titres pourra trouver à peine quelques acquéreurs. Cette vente était-elle possible surtout pour ce qui est des fonds de commerce? Sans doute en droit le notaire est le seul officier à qui appartienne le monopole des ventes publiques de meubles corporels (1). Mais ce que nous disons c'est qu'en pratique les enchères appliquées à la cession des fonds de commerce ne sauraient constituer qu'une entrave et un désavantage. De pareils traités exigent certains délais pour les paiements, réclament la discrétion dans les négociations, surtout lorsqu'il s'agit de transmettre au successeur le secret des procédés de fabrication, entraînent enfin plusieurs contrats accessoires, tels que la cession du bail, dont il ne peut être traité publiquement même dans un cahier des charges, et qui ne peuvent résulter que d'un débat amiable avec le cessionnaire (2). Or il n'est même pas permis à l'officier procédant à une vente publique de meubles d'accorder des délais pour le paiement (3) (art 624, 625 Cod. pr.). Comment pourrait-on faire exception pour la vente des fonds de commerce? En un mot, si la vente publique de droits de cette espèce est obligatoire, elle devra sans doute être faite par un notaire et non par un commissaire-priseur; voilà toute la portée de l'arrêt de 1836 cité plus haut. Mais ce que nous nions c'est qu'une cession de ce genre doive être faite par la voie des enchères. Et ce que nous disons de ces meubles incorporels en particulier, il faut le dire de tous, au moins en ce qui touche l'appréciation de l'article 452. Pour les valeurs mobilières en particulier le seul avantage pourrait être de faire constater la réalité de la vente et le montant du prix par un officier public; or le transfert à la Bourse offrira à ce sujet les mêmes garanties.

1. Paris 4 décembre 1823, Cass. 25 mars 1836.
2. Cf. Arrêts des 3 fév. et 4 août 1873.
3. Cf. Arrêt du 19 juin 1872.

Digitized by Google

Enfin on a prétendu interpréter l'article 452 par la loi postérieure de 1806 qui paraît bien vouloir soustraire certaines valeurs aux formalités supposées générales du Code civil. Il nous a semblé préférable de ne point scinder l'explication de cette loi ; mais nous verrons au numéro suivant qu'elle n'a d'autre prétention que de signaler une pratique existante à l'égard des aliénations de valeurs appartenant au pupille ; elle écarte formellement ces procédés défectueux, en ce qui regarde les seuls titres dont elle ait à s'occuper, les inscriptions de rente ; mais, au point de vue du droit et de l'application de l'article 452, elle n'approuve ni ne condamne la pratique admise, elle se garde bien surtout de laisser supposer qu'elle soit l'interprétation exacte de la pensée des auteurs du Code civil. Si donc l'on admet la liberté entière du tuteur en matière de ventes de meubles incorporels, il faut avoir le courage d'envisager les conséquences du principe que l'on proclame. Le tuteur est un gérant qui agit, en cela, comme un maître et un propriétaire ; dès lors quelle mesquinerie de se rabattre sur des formalités gênantes et presque inutiles, capables seulement d'augmenter encore les dangers de la liberté admise bien loin de les restreindre ? D'ailleurs la jurisprudence avait fini par rompre avec ses hésitations ; elle était logique avec elle-même. Elle avait d'abord rejeté l'application de l'article 452, au moins en ce qui regardait les fonds de commerce, pourvu que le prix en eût été dûment estimé (1) ; puis elle était revenue sur sa décision et s'y était affermie de plus en plus à mesure qu'elle exemptait davantage le tuteur de toute entrave et de toute autorisation en cette matière. Sa préoccupation manifeste était, comme nous l'avions pressenti, d'apporter une compensation aux dangers de son système nouveau sur la libre disposition reconnue au tuteur en matière de droits incorporels. Un arrêt du 29 juin 1869 paraît bien en faire l'aveu formel ; c'est la concession suprême et le dernier hommage rendu au principe de l'administration restreinte écrit dans l'article 450. Cette concession eut le sort de toutes celles qui ne servent qu'à couvrir l'abandon d'un principe, elles disparaissent devant la logique des faits et celle du raisonnement. C'est ainsi que les arrêts de 1873 revinrent au système de 1826 ; l'un d'eux traitant également de la vente d'un fonds de commerce, allait même jusqu'à exempter de la vente aux enchères les marchandises dépendant du fonds en liquidation et vendues séparément (2).

179.— 3° Nous arrivons ainsi à notre troisième question : le tuteur, sous l'empire du Code civil, pouvait-il vendre seul, en pleine liberté et sans auto-

1. Cf. Paris 7 déc. 1825 Sir. 25, 1, 168.

2. Cass. 12 déc. 1855 (J. P. 57, 4, 353). 29 juin 1869 (Sir. 70, 1, 65). 21 juil. 1873 (Sir. 73, 1, 446).

Digitized by Google

risation préalable, les meubles incorporels du mineur? Nous avons reconnu que l'article 452 était étranger à ces sortes de droits, aussi nous ne l'invoquerons pas pour faire de l'intervention du conseil de famille la condition légale de l'aliénation des titres et valeurs. L'article 452 faisant défaut en cette matière, de graves difficultés s'étaient élevées, dès les premières années qui suivirent la promulgation du Code, au sujet des droits qui nous occupent. Elles donnèrent lieu à l'intervention législative; une loi de 1806 régla la vente des inscriptions de rente appartenant aux mineurs et un décret de 1814 en étendit les dispositions aux actions de la Banque de France. Ces dispositions se réfèrent aux trois points suivants : 1° Quant aux formes de la vente, elles ont la prétention de soustraire les inscriptions de rente et actions de la banque aux formalités de l'article 452 ; 2° quant à la nécessité de l'autorisation préalable, elles distinguent suivant la quotité des valeurs objet de l'aliénation ; et 3° pour ce qui est de l'autorité chargée d'autoriser la vente, elles donnent compétence au conseil de famille sans exiger l'homologation du tribunal. La première disposition est donc celle qui donna lieu à cette supposition que la loi avait tenu pour certaine l'application de l'article 452 aux inscriptions de rentes elles-mêmes, et par suite avait cru nécessaire l'intervention législative pour soustraire la vente de ces titres aux formalités gênantes du Code civil. C'est une erreur, les rédacteurs de la loi ne font que constater une pratique dominante, mais ne la jugent pas. C'est ainsi que le tribun Defermon après avoir fait allusion aux entraves qu'éprouve le transfert des inscriptions de rente, expose les dangers de l'opinion qui prétend vouloir le soumettre aux formalités de l'article 452. « C'est là, dit-il, ce qui arriverait, si les règles de l'article 452 devaient s'appliquer aux inscriptions de rente (1). » Ce qui nous montre bien que dans sa pensée, la loi nouvelle ne prétendait pas innover, mais interpréter à l'occasion des titres de rente l'article 452 du Code civil et faire l'application pure et simple de cette disposition aux valeurs qu'elle avait en vue. L'interprétation législative qui découle de la loi de 1806 n'est pas, comme on le prétend, dans la constatation de l'usage contre lequel elle veut réagir, mais bien dans la règle dont sa disposition n'est qu'une simple application. D'ailleurs ce n'était pas par suite d'une pure déduction de raisonnement et par amour des principes rigoureux que la pratique avait étendu l'article 452 aux meubles incorporels ; le motif se révèle par les circonstances financières de l'époque. A ce moment en effet le cours de la rente 5 pour 100 était de 67 et 68 seulement ; la vente de ces titres était loin de reproduire le capita

1. Exposé des motifs *Moniteur* du 25 mars 1806.

Digitized by Google

qs représentaient et pouvait paraître constituer une perte pour le mineur; aussi le tuteur, quand il y avait nécessité de vendre, pour mettre sa responsabilité à l'abri et ne pas être exposé à perdre personnellement la différence entre le cours réel et le cours légal, avait recours au ministère d'un notaire et aux formalités de la vente aux enchères; il grevait ainsi le mineur de frais considerables et les rentes ne se vendaient pas plus cher pour cela. La loi de 1806 a voulu précisément mettre fin à cette fausse interprétation de l'article 452 (1). Ainsi donc au point de vue des formes, la loi n'innove vraiment pas; elle tranche une question qui pouvait être douteuse et elle le fait dans le sens de l'exemption des formalités de l'article 452.

180. — La seule innovation incontestable de la loi de 1806 est la distinction faite suivant la quotité des valeurs soumises à l'aliénation. C'est l'idée ancienne de la distinction des meubles précieux et de ceux qui le sont moins. Pour ces derniers, il semble inutile d'exiger des précautions et formalités dont les frais pourraient dépasser la valeur même de l'objet vendu. Ainsi d'après la loi nouvelle, pour les ventes importantes, l'autorisation *devient* ou *reste* exigible; pour les autres elle *reste*, ou *devient* inutile. Il est certain que pour l'une des deux catégories elle applique le système qu'elle regarde comme celui du Code, et que pour l'autre elle entend innover; mais où se trouve l'innovation? C'est ce que le texte ne dit pas. Etait-ce l'obligation de s'adresser au conseil de famille pour les ventes d'inscriptions supérieures à 50 francs, était-ce au contraire la dispense d'autorisation pour les ventes inferieures? Sont-ce les aliénations de la première catégorie qui sont assujetties à une formalité nouvelle ou les autres qui se trouvent soustraites aux entraves d'une formalité ancienne? A première vue, le texte ne tranche pas la question et ne saurait fournir pour les titres autres que ceux auxquels il se rapporte ni argument *a contrario*, ni argument d'analogie. Ce qui reste spécial à la loi et aux inscriptions de rente, c'est la différence des solutions suivant la quotité des titres; cette distinction ne peut être étendue; quelle que soit la solution admise pour les autres valeurs industrielles, elle sera générale; l'autorisation sera exigée si minime que soit le nombre des actions vendues, ou toujours écartée quelle qu'en soit l'importance. Mais cette distinction rejetée, la loi de 1806 ne fournit aucun argument d'analogie ou d'exclusion relativement aux titres ou valeurs dont elle ne s'occupe pas; quel que soit le système admis pour ces dernières, il se trouvera toujours être celui de l'une des deux catégories établies par la loi de 1806 et contraire à celui établi pour l'autre. Cependant il n'est pas in-

1. Combes, *Journ. des notaires*, 2 déc. 1865.

Digitized by Google

différent de rechercher quel est celui des deux systèmes que la loi de 1806 a regardé comme étant celui du droit commun applicable à toutes les valeurs et auquel elle apportait une exception partielle ; sa pensée à ce sujet sera une indication précieuse pour connaître celle des rédacteurs du Code lui-même. Quel est donc le système qu'elle regarde comme celui du Code, est-ce celui de l'autorisation telle qu'elle l'applique aux aliénations importantes ; est-ce celui de la liberté, qui se trouverait ainsi restreint aux ventes minimes ?

181. — Les travaux préparatoires et, même à le bien considérer le texte de la loi, tranchent la question sans qu'aucun doute puisse subsister. La loi de 1806 se réfère à deux ordres de formalités, les unes ayant pour but de faire constater l'utilité de la vente, les autres ne tendant qu'à l'élévation du prix ; les premières comprennent l'autorisation préalable et les secondes consistaient dans la pratique généralement admise sur l'application de l'article 452. Or de ces deux ordres de formalités, il en est un, et un seul, que tous les orateurs s'attachent à nous montrer comme abusif, comme constituant une amplification non contenue dans le Code civil et par dessus tout inutile et gênante. « Le transfert des inscriptions de rente, dit Defermon, rapporteur, éprouve des entraves contre lesquelles les familles ont réclamé (1). » Fait-il allusion aux formalités de la première catégorie consistant dans l'autorisation préalable ? Evidemment non, loin d'être une gêne pour les familles, ce n'est là que la reconnaissance la plus certaine de leur autorité et la garantie de leur droit de surveillance ; elles ne pouvaient s'en plaindre. Si donc, comme on le prétend, le système de l'autorisation était déjà pratiqué, ce n'est pas à lui que l'orateur fait allusion : mais bien à l'application abusive des formalités de l'article 452.

L'autorisation, on l'accepte comme étant légale et éminemment utile, on lui fait la part la plus large possible, parce que c'est le droit commun ; si on juge bon de restreindre son application, c'est en vue des taux inférieurs que peuvent atteindre les titres dont la loi s'occupe et dans le but exclusif de ne pas en entraver la vente par la disproportion entre les frais et la valeur du titre aliéné ; les termes de l'orateur prouvent suffisamment que c'est là, dans cette absolue liberté d'aliéner les inscriptions minimes, que gît l'innovation. Pour ces inscriptions, dit-il, les tuteurs et curateurs pourront en faire le transfert sans aucune autre formalité que celle de faire constater le cours du jour. » C'est bien l'expression d'une volonté nouvelle qui s'impose ; c'est bien le langage d'un novateur : Ces titres sont désormais dispensés de toute formalité. Mais lorsqu'il passe aux inscriptions supérieures à 50 francs, sa

1. *Moniteur* du 25 mars 1806.

Digitized by Google

façon de parler est bien différente; dira-t-il, poursuivant sa pensée que pour ces titres il *faudra de plus* l'autorisation préalable? Il n'eût pas manqué de le faire, si telle eût été l'innovation apportée. Nullement. Il continue ainsi : Pour les inscriptiions qui excèdent 50 francs, il *ne faudra que* l'autorisation du conseil de famille et le certificat, etc. » C'est-à-dire que pour ces dernières on se contente de la pratique ancienne; on regarde comme suffisante l'autorisation préalable; est-ce de cette façon que l'on présenterait un changement législatif? Evidemment non; il s'agit bien certainement ici de la continuation du régime antérieur; on supprime la vente aux enchères qui était une entrave pour les familles et un abus non justifié par les textes, et l'on garde l'autorisation dont les familles ne se plaignaient pas et qui était fondée sur les principes généraux du droit. Telle est la pensée du rapporteur, plus explicite encore est l'orateur du Tribunat devant le corps législatif, Pinteville Cernon. Après avoir distingué les deux ordres de formalités que nous indiquons, il pose nettement le but visé par la loi de 1806; ce but est de supprimer les formalité gênantes et de diminuer les frais de vente en faveur des petits patrimoines; ainsi donc c'est aller contre son esprit que de lui imputer l'introduction d'une formalité nouvelle; prétendre que la loi exige l'autorisation en retour des formalités de l'article 452 qu'elle supprime, ce n'est pas seulement lui attribuer une contradiction manifeste, mais la confusion la plus étrange; car l'une ne saurait en rien remplacer l'autre, elles n'ont pas le même but. L'article 452 veut assurer l'élévation du prix, et l'autorisation, l'opportunité de la vente; en quoi celle-ci pourra-t-elle suppléer au défaut de l'autre? Mais cet échange de formalités, cette confusion n'est qu'un prêt gratuit dont les auteurs de la loi ne sont pas coupables, l'orateur du Tribunat dit en propres termes que l'autorisation, ils ne l'ont pas inventée, mais acceptée comme l'application du droit commun : « L'autorisation *n'est donc plus* nécessaire, dit-il, pour les inscriptions qui, etc..., mais le projet *la maintient* pour lesautres, etc... (1). » La même manière de voir se réflète dans le texte lui-même qui s'exprime à peu près comme faisait le rapporteur Defermon; et montre ainsi clairement les points nouveaux qu'il prétend introduire : rejet des formalités de l'article 452 et suppression de l'autorisation de droit commun pour les inscriptions minimes; tel est le sens exact de la loi de 1806. Cette interprétation législative du système du Code civil se trouve confirmée par un autre document postérieur, un avis au conseil d'Etat de 1808 qui applique la loi de 1806 à l'héritier bénéficiaire et pose nettement le principe que l'aliénation des valeurs mobilières est un acte qui excède les pouvoirs des simples admi-

1. Locré, tom. 7, p. 305.

Digitized by Google

nistrateurs et que par conséquent la loi de 1806, en exigeant une autorisation, n'a fait que se conformer aux dispositions générales du Code civil. D'où il suit que tant pour les formalités de l'article 452 que pour l'autorisation préalable du conseil de famille, la loi de 1806 ne fait que constater une pratique habituelle et un usage constant ; elle condamne l'un et le supprime comme non conforme aux textes, au contraire elle admet l'autre en principe et le maintient comme étant l'application exacte du droit commun. On peut contester la valeur de cette interprétation légale, et ne l'accepter que comme une opinion autorisée ; nous ne prétendons pas autre chose ; mais il reste néanmoins acquis au débat qu'en pratique comme en théorie la nécessité de l'autorisation était universellement admise (1) et que, loin de restreindre son application, la loi de 1806 n'a fait qu'y soumettre les valeurs spéciales dont elle avait à s'occuper.

182. — Cette étude était nécessaire pour écarter les inductions fausses que l'on a voulu tirer de la loi de 1806 et condamner d'avance toute interprétation restrictive qui prétendait s'appuyer sur son texte pour restreindre aux rentes et actions de la banque le système de l'autorisation. Ce fut en effet la première conséquence que l'on voulut déduire de la loi et du décret ; on leur attribua l'intention de créer deux catégories de valeurs, les unes privilégiées et couvertes en partie du moins par la protection de la loi de 1806, les autres, c'est-à-dire tout ce qui n'était pas inscription de rente ou actions de la Banque, dépourvues de toute garantie spéciale et livrées à l'arbitraire du tuteur. C'est ainsi qu'en décidèrent les premiers arrêts rendus sur la matière (2). Cette décision était si bien due à l'influence restrictive de la loi de 1806 que vers la même époque, dans une question analogue où il ne s'agissait plus d'aliénation directe mais de renonciation aux garanties d'une créance, la Cour suprême posa très carrément le principe qui jusqu'alors avait prévalu du mandat restreint du tuteur et annula la renonciation faite sans autorisation (3). Ce principe que le tuteur n'avait pas qualité pour agir en maître n'avait donc cessé de prévaloir, et, si la loi de 1806 avait semblé fournir contre lui un argument *a contrario* de mauvais aloi, la jurisprudence allait bientôt reconnaître l'erreur et affirmer à nouveau avec la tradition tout entière la nécessite de l'autorisation préalable pour la vente des créances. L'arrêt le plus affirmatif en ce sens est celui de la Cour de Douai du 28 juin 1843, adopté par la Cour de cassation par son arrêt du 12 décembre 1855 où, tout en tenant compte des circonstances de

1. Cf. Merville. Vente des meubles incorporels des mineurs. Rev. prat. 1873. Jozon, Rev. du notar. mai 1872, n° 4022.
2. Paris 18 fév., 1826. J. Pal. 1826, p. 188. Bordeaux, 8 juil. 1829.
3. Cas. 22 juin 1818. Cf. Combes Jour. du notar. 2 déc. 1865.

Digitized by Google

fait et en ajoutant que subsidiairement dans l'espèce l'acte devrait être annulé comme emprunt déguisé, la Cour n'en pose pas moins ce principe formel que la cession est en général un acte d'administration interdit au tuteur. La première décision de la Chambre du conseil du tribunal de la Seine était également en ce sens ; et, tout en reconnaissant la nécessité pour le tuteur d'obtenir l'autorisation du conseil de famille, regardait cette autorisation comme suffisante et refusait l'homologation (1). Mais dès ce moment une réaction marquée commençait à se manifester ; et la jurisprudence remontant peu à peu le courant adopté, allait aboutir aux fameux arrêts de 1873 qui établirent définitivement le système de la libre cession des droits mobiliers et hâtèrent la réforme législative dont la loi de 1880 fut la réalisation (2).

183. — La doctrine nouvelle allait s'établir sur deux bases principales ; l'une tirée du principe fondamental qui semblerait devoir dominer l'administration tutélaire et l'autre fournie par les textes du Code civil. Le principe invoqué pourrait être formulé ainsi : le tuteur a de droit la capacité suffisante pour faire tous les actes qui sont nécessaires à la gestion du patrimoine ; il n'est soumis à d'autres restrictions que celles expressément écrites dans la loi. Les textes sont l'article 450 qui sanctionne, dit-on, et énonce la règle précédente, et l'article 457 qui parmi les restrictions apportées à la libre administration du tuteur ne comprend pas la cession de créance. Le principe que l'on invoque se trouverait être la règle traditionnelle du droit moderne et en particulier du droit français, il serait la conséquence de la réaction opérée contre le système du droit romain, laquelle, étant basée sur le principe nouveau de la représentation personnelle, a fini par substituer entièrement le tuteur au lieu et place du pupille propriétaire. Le droit romain en effet laissait au pupille l'exercice de ses droits et n'annulait les actes par lui consentis qu'en tant qu'ils impliquaient une perte au sens théorique de mot. Le tuteur de son côté était également investi des plus larges pouvoirs de gestion ; et ceux-ci ne furent réprimés que par un système préventif, jamais restrictif ; certains actes lui furent entièrement defendus, aucun ne lui fut permis que partiellement sous réserve de formalités préalables. Notre droit, au lieu d'accepter ces deux capacités concomitantes, le tuteur qui gère, le pupille qui agit comme propriétaire capable de gagner, non de perdre ; notre droit, à tort ou à raison, effaça complètement la per-

1. Ch. du cons. Cf. 28 déc. 1849.

2. Ch. du cons. 8 janv. 1851, 9 déc. 1852, 4 janv. 1854. Nîmes 11 déc. 1853 (Sir. 54, 2, 322). Trib. de la Seine 14 janv. 1859 (Journ. de Proc. n° 6890). Paris 11 déc, 1871 (Sir. 71, 2, 249). Cass. 3 fév., 1873 (Sir, 73, 1, 61). D° 4 août 1873 (Sir. 73, 1, 441). Trib. de la Rochelle 9 juill. 1879 (J. Pal. 1880, p. 829).

Digitized by Google

sonnalité du mineur : celui-ci est vraiment un incapable dans toute le force du terme ; tous les actes auxquels il participe, eussent-ils impliqué lors de leur accomplissement l'habileté la plus consommée, eussent-ils produit en fait les meilleurs résultats, ne sont jamais que des actes viciés, des actes d'incapable susceptibles d'être annulés. A sa place, une seule autorité est établie, celle du tuteur qui rassemble en elle la plénitude des pouvoirs qui peuvent appartenir en principe à l'administrateur propriétaire.

Sans doute on place à côté d'elle d'autres autorités chargées de participer aux actes de gestion les plus importants ; mais le tuteur n'est pas pour cela leur subordonné ; ces autorités ont des pouvoirs limités et ne doivent intervenir que dans les cas exprès où la loi les y invite. Cela est vrai même du conseil de famille ; ce n'est pas là une institution permanente chargée de contrôler incessamment l'administration du tuteur ; c'est une autorité dont l'ingérence se trouve limitée à certains actes et écartée de tous les autres. Ainsi donc, en principe, quand la loi se tait et n'impose aucune formalité spéciale, de droit commun, le tuteur est indépendant. On peut regretter peut-être cette complète annihilation du mineur ; on aimerait à le voir peu à peu s'habituer à la pratique des affaires ; on peut également redouter cette liberté grande en principe accordée au tuteur ; en un mot, on peut critiquer le système français. Mais s'il existe tel, il faut l'appliquer dans toute son étendue, sinon, on risquerait de lui enlever les avantages spéciaux qu'il peut avoir.

184. — Car, il a ses avantages : et ce sont précisément ceux qui répondent à une idée traditionnelle dans notre droit ; le principe de l'unité de gestion et par suite la garantie de la responsabilité unique et non partagée. Nous sommes hostiles, et à juste titre, aux responsabilités divisées qui aboutissent trop souvent à ce résultat que les administrateurs se rejettent réciproquement l'un sur l'autre les soins et les fautes. Nous n'admettons pas que l'administration d'un patrimoine qui est un tout complexe, mais un, qui exige que tous les actes soient conformes à une ligne de conduite générale et s'oppose aux changements soudains dans la direction adoptée, puisse se trouver soumise aux retards et aux lenteurs des décisions multiples, à l'inertie surtout qui résulte en pareil cas d'une indécision prolongée. Tel est l'idéal que notre droit a voulu poursuivre, unité de gestion et de responsabilité ; il n'a pu l'atteindre pour toutes les administrations légales, parce qu'il ne trouvait plus les garanties personnelles que ce système exige. Il est un seul cas où ces dernières peuvent être réunies et suffisantes, c'est celui de la tutelle ; c'est donc le seul aussi où la loi a pu réaliser cette administration idéale qu'elle avait en vue.

Digitized by Google

185. — L'ancien droit, plus encore que le droit moderne accordait au tuteur cette plénitude de confiance et de pouvoir ; le tuteur est le plus souvent le père lui-même ; et c'est en vertu de son autorité paternelle qu'il se trouve investi de l'administration des biens et de la garde de l'enfant ; or, on sait combien était grand dans notre ancienne législation le respect de cette autorité. Aussi, tous les textes, dit-on, posent en principe le pouvoir absolu du tuteur sous les restrictions expresses écrites dans la loi. C'est ce que Pothier (1), se faisant l'organe de la doctrine tout entière, exprimait ainsi : « Le pouvoir du tuteur sur les biens du mineur est tel que tout ce qu'il fait par rapport à leur administration a la même efficacité que si tous les biens lui appartenaient. » De là, cette maxime de droit : *tutor domini loco habetur*. On ajoute comme dominant toute cette théorie l'adage universellement cité : que le fait du tuteur est le fait du pupille. Quant aux textes qui semblent limiter l'étendue de ces pouvoirs, on les interprète, non comme des restrictions apportées à la capacité, mais uniquement comme posant le principe et les éléments de la responsabilité personnelle du tuteur (2). On conclut enfin en ajoutant que ce système extensif est bien essentiellement le système moderne : on a vu ses racines dans le droit féodal et dans le droit coutumier ; il a passé dans le droit européen ; sauf la législation russe et le droit allemand, inspirés d'une certaine défiance à l'encontre du tuteur, la plupart des autres législations lui laissent une très large liberté d'action. Il suffit, pour aller aux extrêmes, de citer le *Coummon Law* et de rappeler la plénitude de pouvoirs accordée par les lois anglaises à certains *Guardians* et aux *Trustees* ; pouvoirs si complets que la propriété pupillaires des biens même semble leur être provisoirement attribuée (3).

186. — Tel était donc le principe à peu près universellement reconnu à l'époque de la rédaction du Code civil. Nos législateurs ont-ils quelque part manifesté l'intention de le modifier ou de le rejeter ? Il n'est aucun texte qui, pour les actes de disposition en général, place le tuteur sous la dépendance du conseil de famille ; il n'en est aucun qui, à propos de l'administration tutélaire établisse, comme pour toutes les autres, la grande ligne de démarcation posée dans l'article 1988. Loin de là, nous voyons les orateurs au Conseil d'État et au Corps législatif insister sur le maintien de la tradition ancienne (4) ; nous voyons la section relative au patrimoine au mineur, s'ouvrir par une sorte d'investiture complète

1. Des personnes (P. I, tom. VI, p. 2).
2. Cf. Domat. Lois civiles, L. II, tom. I, Sect. II, art. 2. Bourjon. Dr. com. de la Fr., l. I, tom. VI Sect. 2, Pothier, propriété. P. I. Ch. II, § 4, art. 2 § 1.
3. Voir à la fin de cette étude ce qui a trait à la législation étrangère.
4. C. Berlier, Cons. d'État Séance du 28 vendém an XI, Corps législat. Leroy.

Digitized by Google

du tuteur qui semble ainsi appelé, à prendre entièrement la place du propriétaire incapable : « Il représentera le mineur dans tous les actes de la vie civile. » C'est ainsi que débute l'article 450 ; les textes qui suivent, n'apportent à ce mandat le plus absolu qui puisse exister, aucune restriction ayant un caractère général ; les exceptions se présenteront seulement sous la forme d'une énumération limitative. Il y a sans doute dans l'article 450 une expression quelque peu gênante ; il y est dit que le tuteur *administrera* les biens du pupille en bon père de famille ; mais le système que nous exposons croit pouvoir facilement n'en tenir aucun compte et dénier ici au mot administrer sa valeur juridique ordinaire. C'est une expression assurément élastique et qui ne prend un sens technique déterminé que lorsqu'il se trouve opposé au mot aliénation, ce qui dans l'espèce n'est pas le cas. La phrase citée n'a, en effet, d'autre but que d'établir le principe de la responsabilité du tuteur relativement aux fautes qu'il pourrait commettre et cela indépendamment de l'étendue de ses pouvoirs ; toute son importance se trouve dans les deux mots qui la terminent, l'obligation de gérer en *bon père de famille* ; cela s'applique donc à la gestion tout entière, qu'elle dépasse ou non les pouvoirs d'administration ; ce dernier mot est donc pris dans le sens large et absolu où l'employait, faute d'un meilleur, le tribun Berlier ; dans le sens également qui lui est certainement attaché dans le titre de la section VIII dont l'article 450 reproduit l'esprit en posant le principe fondamental de la matière. Ce titre est intitulé : *Administration du patrimoine* ; et il est bien certain ici qu'il comprend tous les actes quelconques, soumis ou non à autorisation, dont le tuteur aura l'exercice. Il n'est donc pas étonnant que le mot administrer qui suit immédiatement après, ait le même sens large et étendu. Cela s'accorde fort bien, au point de vue du moins qui nous occupe, avec les pouvoirs du tuteur en matière de recouvrement des créances. Il peut seul, en effet, et sans contrôle, recevoir les capitaux mobiliers et en donner quittance valable, il peut aussi donner main-levée des inscriptions hypothécaires et se trouver de la sorte en possession des deniers dus au pupille sans qu'aucune autorité, du moins sous l'empire du Code civil, ait été chargée d'en surveiller l'emploi. Si même le débiteur consent au paiement anticipé, ce recouvrement ne serait irrégulier que s'il constituait une sorte de transaction détournée, ou même un emprunt déguisé soit au profit du mineur, soit à celui du tuteur comme dans l'espèce de l'arrêt du 12 décembre 1855 précité. Or, quelle différence capitale peut donc exister entre la cession de créances qui consiste à échanger un droit personnel, incertain, contre des deniers, et le recouvrement d'une créance non exigible qui est également la disparition d'un droit personnel, incertain, remplacé par l'objet même, des deniers ordinairement, qu'il devait procurer au créancier ? Si le tuteur est

Digitized by Google

capable d'opérer cette dernière transformation, comment lui refuser le pouvoir de réaliser la première ?

187. — On termine cet ensemble de considérations en faisant remarquer que ce système, que l'on prétend dangereux pour le pupille, est cependant le seul qui puisse assurer son crédit. La loi a voulu ici, afin d'inspirer confiance aux tiers, que tout fût certain. Lorsque ceux-ci traitent avec le mandataire conventionnel, ou même avec tout autre administrateur légal, ce sont eux qui ont la charge et l'obligation de faire l'appréciation de l'acte qui leur est proposé ; si dès lors son caractère est incertain, s'ils peuvent craindre de le voir annuler en vertu de la distinction de l'article 1988, ils refusent de l'accomplir. Cette appréciation difficile, la loi, en fait de tutelle, a voulu l'écarter ; toute difficulté fondée sur l'interprétation de l'article 1988 se trouve supprimée. La loi présente aux tiers une énumération limitative, et, pour tous les actes qui n'y sont pas compris, elle leur garantit la plus entière validité ; le crédit du mineur n'éprouve aucune entrave (1).

188. — Quant à nous, prenant cet argumentation par la considération qui la termine, nous ferons remarquer que l'effet le plus incontesté du système que nous entreprenons de rèfuter, a été la ruine trop fréquente du patrimoine pupillaire, la persistance des réclamations de la pratique et d'une grande partie de la doctrine, enfin la satisfaction depuis si longtemps désirée que la loi nouvelle est venue accorder aux vœux les plus légitimes, en condamnant pour ses dangers et ses abus trop certains le système de l'absolue liberté du tuteur. Il nous sera donc permis de nous laisser fort peu émouvoir par l'intérêt d'un crédit dont le plus grand inconvénient était d'être illimité. On peut dire que ce système a aujourd'hui fait ses preuves et qu'il est définitivement jugé ; ses prétendus avantages n'étaient en somme qu'une illusion dangereuse. Il n'en reste pas moins à voir si cette illusion avait été partagée par les rédacteurs du Code civil : la question que nous avons à nous poser est donc celle-ci : le tuteur, d'après le Code civil, était-il réduit au rôle d'administrateur, et soumis comme tel à la distinction établie en l'article 1988 ?

189. — Il n'est pas douteux sans doute que dans le très ancien droit, l'idée dominante n'ait été celle de la plénitude absolue des pouvoirs du tuteur. C'est là, on peut dire, l'idée primitive. Mais à côté d'elle s'en place une autre, celle précisément qui a donné naissance à l'institution véritablement française et coutumière, destinée à servir de contre poids à la première : Cette institution est celle du Conseil de famille. Le tuteur est évidemment autre chose qu'un simple exécuteur des volontés de la famille assemblée ; il

4. Cf. sur tous ces points, M. Léon Michel, *loc. cit.*, p. 209, § 79.

Digitized by Google

reste l'administrateur maître et libre, unique et responsable, que nous décrivions tout à l'heure ; mais, comme tel et avec cette plénitude de liberté, il n'est qu'un administrateur, voilà l'idée traditionnelle et vraie. L'on a voulu sans doute écarter les entraves qu'apporterait à sa gestion la nécessité de consulter pour les actes les plus fréquents une autorité étrangère ; on a voulu sans aucun doute que cette administrateur, en temps qu'elle s'exerce dans ces limites, fût une et qu'elle fût libre ; on a pensé que les dangers de cette indépendance seraient moindres que la gêne d'une ingérence perpétuelle venant sans cesse paralyser l'action de l'administration ; tout cela est vrai ; aussi le Conseil de famille n'est pas une institution exerçant un contrôle permanent. Mais ce qui est tout aussi vrai, c'est que cette liberté et cette unité de direction, admises comme une nécessité parfois dangereuse, ont été restreintes dans les seules limites où elles pouvaient paraître indispensables ; et ces limites ont été de tout temps renfermées dans les bornes de la simple administration ; en dehors d'elles la promptitude d'action, l'unité de vues paraissent moins essentielles, et la prépondérance sur ces avantages est au contraire accordée aux dangers d'une volonté laissée sans contrôle pour les actes les plus importants : c'est alors qu'apparaît le rôle du Conseil de famille. C'est lui qui doit alors être appelé en cause, pour être consulté et donner son approbation. Cette intervention ne se trouve pas en ancien droit réduite à certains cas limitativement déterminés ; elle est bien considérée comme la règle en fait d'actes de disposition ; son admission dépend en parail cas, non d'un texte qui nécessairement la sanctionne, mais uniquement de l'application des principes généraux, déterminée par le caractère même sous lequel l'acte doit être envisagé. C'est ainsi que nous voyons certains actes primitivement considérés comme de simple administration prendre par suite de leur importance le caractère d'acte de disposition, et par suite être rangés par la jurisprudence au nombre de ceux pour lesquels l'autorisation du Conseil de famille est exigée : c'est la conclusion nécessaire qui doit en être tirée. Nous nous sommes attaché à le démontrer précisément pour les actes spéciaux qui font l'objet de cette etude. Nous avons vu les meubles incorporels, et en particulier ce que nous appelons aujourd'hui les valeurs mobilières, primitivement laissés à la discrétion du tuteur : leur aliénation n'était encore qu'un acte d'administration. Puis peu à peu quand elles furent devenues une partie importante de la fortune privée, leur aliénation prit le caractére même de celle qui interviendrait en matière immobilière et dût être soumise au contrôle du Conseil de famille ; c'était la marche nécessaire et ce fut la conséquence naturelle. Nous pouvons donc affirmer que l'idée traditionnelle en fait d'administration tutélaire était en ancien droit la distinction même qui se trouve aujourd'hui reproduite dans

Digitized by Google

l'article 1988. Pour les actes d'administration les pouvoirs du tuteur sont absolus, pour tous les autres il doit recourir à l'autorité instituée pour suppléer à la capacité qui lui manque, au Conseil de famille. Cette distinction est nettement affirmée par Bourjon (1); et quant aux expressions, dont on fait grand bruit, qui représentent le tuteur comme maître des biens et représentant de la personne du pupille, elles n'ont d'autre but que celui d'établir la théorie même de la représentation personnelle en opposition avec le système romain ; mais nullement de déterminer dans quels cas et pour quels actes le tuteur a droit et capacité de représenter le mineur. Le vieux brocard latin : *Factum tutoris, factum pupilli*, n'a pas d'autre portée : quant à l'autre maxime : *tutor domini loco habetur*, elle indique bien que les actes du tuteur, compris dans ses pouvoirs, ont la même solidité que s'ils étaient faits par le propriétaire, mais non pas qu'il a le libre exercice de tous les actes que pourrait accomplir un propriétaire. Et c'est ainsi que Pothier, dans le passage déjà cité et qui n'est que le commentaitre de cet adage limite la valeur et la portée de la maxime à l'administration seulement (2).

190. — Telle était la nature des pouvoirs du tuteur lorsque les rédacteurs du Code civil eurent à choisir entre les deux systèmes possibles en fait d'administration tutélaire. Prétendra-t-on comme faisait M. Coin-Delisle à propos de l'interprétation de l'article 102 de l'Ordonnance d'Orléans qu'ils aient voulu remonter de plusieurs siècles en arrière pour adopter le système primitif et faire bon marché des progrès, des réformes accomplies, et des protections qu'ils trouvaient existant alors ? S'il en a été ainsi quelque observation devra sans doute nous avertir : on sait que les travaux préparatoires ne nous présentent au contraire que l'intention pure et simple d'adopter la législation existante (3) ; argument à double emploi, dont les deux systèmes peuvent se servir suivant l'interprétation qu'ils donnent du Droit coutumier en cette matière. Si la nôtre est exacte, les paroles de ces orateurs ne prouvent qu'une chose c'est qu'elle a dû passer dans le Code civil de 1804. Si l'on se reporte à celui-ci, peut-on prétendre avec plus de succès que l'économie des articles lui soit contraire ?

A la vérité, l'article 450-1° n'a pas d'autre portée que le brocard de l'ancien droit qu'il a voulu reproduire, et pose le principe de la représentation pour autrui ; si donc il faut chercher quelque part le principe général sur la capacité et l'étendue des pouvoirs du tuteur en même temps que sur sa responsabilité personnelle, on ne peut le trouver ailleurs que dans le deuxième alinéa, qui s'exprime ainsi : Il *administrera* en bon père de fa-

1. Drt. Com. de la Fr. L. 1, t. VI. sect. 2.
2. Des personnes. P. 1, Tit. VI, sect. IV, art. III, § 2.
3. Berlier : séance du 28 Vend. an XI. Leroy. Corps législatif.

Digitized by Google

mille. Et pour faire bon marché de l'expression qu'il emploie, il faut vraiment accuser les rédacteurs du Code d'une double étourderie; la première serait, après avoir doctrinalement spécifié le sens précis du mot *administrateur*, d'avoir ensuite abandonné la définition scientifique pour la portée vulgaire du mot; et la seconde, si l'on admet ce dernier sens vague et indéterminé, serait alors d'avoir oublié de fixer d'une façon générale l'étendue même des pouvoirs du tuteur; ou enfin, si l'on prend ce mot dans son étendue la plus vaste, comprenant même les actes de disposition déférée au conseil de famille ou au tribunal, l'étourderie serait plus manifeste encore; car on étendrait à ces actes eux-mêmes une responsabilité qui n'appartient plus au tuteur, puisqu'elle est couverte en pareil cas par les autorités mêmes qui sont chargée d'intervenir et de décider en dernier ressort. Quoi qu'on fasse si on enlève au mot administrateur son sens précis, l'on arrive fatalement à des lacunes inexplicables ou à des impossibilités réelles; aussi devons-nous reconnaître que ce mot doit avoir ici, comme ailleurs, le sens scientifique aujourd'hui à peu près universellement admis dans la langue moderne du droit. C'est ainsi que le Code italien de 1866 qui restreint de la façon la plus étroite les pouvoirs du tuteur, n'en pose pas moins le principe même de sa capacité dans des termes empruntés à notre article 450 (1). Le mot a donc paru suffisamment précis et limitatif et personne n'oserait soutenir que dans la législation italienne, le tuteur pût être capable de faire seul un acte d'aliénation même non compris dans l'énumération de l'article 296. C'est qu'en effet le texte qui détermine l'étendue de la responsabilité même du tuteur, ne pouvait s'abstenir de fixer en même temps la mesure exacte de ses pouvoirs, puisque c'est dans cette limite seulement qu'il peut être question de poser les bases d'une responsabilité personnelle. On ne peut chercher à déterminer cette dernière, et à fixer sa mesure que là où le tuteur est pleinement libre de ses actions; en dehors de ces limites, il n'y a plus à se demander si l'acte était ou non conforme au type idéal pris pour terme de comparaison; du moment qu'il était soumis à quelque formalité, la responsabilité du tuteur est toujours déchargée, si l'autorité compétente a été consultée; ou toujours compromise, si elle ne l'a pas été. Par conséquent il est donc faux de prétendre que l'article 450 n'ait eu d'autre portée que d'établir le principe de la responsabilité du tuteur, puisqu'il devait établir en même temps à propos de quels actes cette responsabilité existerait : or ces actes le texte les nomme; ce sont les actes d'*administration*. Ainsi tous les principes essentiels qui doivent dominer la question de l'administration tutélaire, et en un mot les trois idées fondamentales de l'ancien doit, se trouvent indiquées au

1. Cf. Cod. civ. ital., art. 277, 296, 301.

Digitized by Google

début de la section qui a trait aux biens : 1° Principe de la représentation personnelle ; 2° principe qui la limite aux actes d'administration ; 3° principe qui pour ces actes donne la mesure de la responsabilité du tuteur.

191.— Le tuteur n'est donc investi par le Code civil que du titre d'administrateur et ses pouvoirs sont ceux que cette qualité comporte ; cette idée ne pouvant être que très difficilement attaquée de front, on s'est pourvu d'une objection qui indirectement puisse l'ébranler. Si, dit-on, le tuteur n'est qu'un administrateur, qu'elle sera l'autorité chargée de suppléer à la capacité qui lui fait défaut pour les actes de disposition non prévus par la loi ? Le conseil de famille, répondrons-nous. Mais alors où est le texte qui l'investit de cette mission générale ? Ne voyons-nous pas au contraire son rôle strictement limité aux cas précis désignés par la loi ? Ce qui nous étonne, à vrai dire, c'est que les partisans de l'intervention générale du tribunal en matière d'envoi en possession aient quelque scrupule à admettre ici un système analogue à propos de tutelle, lorsqu'il s'agit d'une autorité similaire. Toutes les fois en effet que la loi applique la distinction fondamentale de l'article 1988, elle entend fournir à l'administrateur les moyens d'accomplir valablement les actes de disposition qu'elle soustrait à son pouvoir. — La seule question qui puisse exister est de savoir quelle est l'autorité chargée de l'habiliter et d'autoriser les actes interdits ? En matière d'absence ce sera le tribunal ; en matière de tutelle, le conseil de famille. Ce rôle était le sien en effet dès le très-ancien droit ; il avait un pouvoir général et non un pouvoir limité ; c'est lui qui devait intervenir pour tous les actes dépassant les bornes de l'administration (1) ; or les rédacteurs du Code, qui ont déclaré accepter la doctrine existante, ont si peu dérogé à cette tradition que tous les articles où l'ingérence du conseil est mentionnée semblent plutôt constater une conséquence naturelle d'un principe général que poser une règle de droit exceptionnelle (2).

C'est l'autorité qui préside aux décisions importantes nécessaires au début de toute tutelle ; et c'est à elle seule, on peut le dire, que la loi attribue cette confiance due à la famille et à l'idée d'affection naturelle. C'est lui en particulier qui en matière de meubles a la haute direction, et, si nous ne pouvons en fait de valeurs mobilières, imposer son autorisation en vertu de l'article 452 qui leur est étranger, il nous est au moins permis de retenir de ce texte le système général de la loi tel qu'il nous le révèle. Lorsqu'il s'agit de meubles périssables, dont l'aliénation s'impose au point de devenir en principe un acte d'administration nécessaire, c'est le conseil de famille qui

1. Cf. *Supra*, n° 189.
2. Cf. Art. 450-3°, 452, 454, 456, 457.

Digitized by Google

est chargé de s'opposer à la vente; car en pareil cas c'est la conservation dans le patrimoine qui devient un acte de disposition (1). Inversement, et *a fortiori*, pour les meubles non périssables dont la conservation intéresse le mineur, cette dernière étant la règle, c'est la même autorité qui sera encore chargée d'apporter l'exception et d'en constater l'utilité. Tel était en effet le système que nous avons vu universellement appliqué par la pratique avant la loi de 1806, et tel est celui que cette loi consacre comme étant l'application des principes généraux. Ajoutons enfin que la jurisprudence a fait l'application de ce système aux actes non énumérés dans la section VIII et qui paraissent dépasser les limites de l'administration. C'est ainsi que la Cour de Douai (2) a décidé que le tuteur ne pouvait sans l'autorisation du conseil de famille faire l'abandon que l'article 802 permet à tout héritier bénéficiaire : « Attendu, dit l'arrêt, qu'un pareil acte n'est pas, au point de vue des pouvoirs du tuteur, un acte de simple administration et que *par suite* il doit être précédé de l'*autorisation du conseil de famille.* »

192. — Reste donc ce considérant devenu banal tiré du silence de l'article 457. Le Code édicte des formalités pour l'aliénation des immeubles et garde le silence au sujet des meubles. A cela on peut faire deux réponses : Le Code voulait en outre soumettre l'aliénation des immeubles à une seconde formalité qui suivant nous n'est pas exigée en matière de meubles incorporels, il fallait donc qu'il spécifiât les premiers (art. 458); de plus l'argument *a contrario* que l'on tire de l'article 457 est mauvais puisqu'il aurait pour effet de déroger au principe général que nous avons admis en fait d'actes de disposition. Reconnaissons plutôt, comme en toute matière analogue, que pour les meubles, la loi ne pouvait formuler aucune disposition générale et qu'elle a voulu laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin d'établir les distinctions à ce sujet. Nous ne saurions non plus nous arrêter longtemps sur l'assimilation prétendue entre le recouvrement des créances et leur aliénation. Le premier est un acte nécessaire permis en général à tout administrateur ; le second un acte libre et généralement défendu (3). Enfin l'assimilation ne pourrait avoir quelque apparence de réalité que pour les créances non exigibles; or, le recouvrement de pareilles dettes n'est légitime que si le terme était dans l'intérêt du débiteur. Sinon, la jurisprudence et la doctrine, en matière de tutelle eussent assimilé sans distinction le recouvrement anticipé à une remise, une transaction ou un emprunt. Il est donc impossible d'établir

1. Cf. Locré. Tom. 8, p. 305.
2. 13 août 1855, J. P. 55. p. 411.
3. Il est absolument faux dans le système du Cod. civ. de conclure du pouvoir de toucher le paiement des créances à celui de les aliéner, témoin l'usufruitier.

Digitized by Google

plus nettement qu'en principe les actes de disposition relatifs aux créances non exigibles dépassent la capacité du tuteur.

193. — Nous devons ajouter toutefois que la pratique opposée à la jurisprudence nouvelle de 1873 appliquait purement et simplement à toutes les valeurs mobilières la loi de 1806. Nous avons dit en quoi cette extension était anormale ; l'innovation de la loi qui consiste uniquement dans la distinction faite suivant le taux des valeurs à aliéner et par suite dans l'exonération de toute formalité pour les titres inférieurs, est limitativement appliquée aux rentes sur l'État ; il a fallu un décret pour y soumettre les actions de la banque ; d'ailleurs elle se prête difficilement à cette généralisation puisque la limite indiquée par la loi repose sur un taux inapplicable aux actions et qu'il faudrait alors lui substituer le décret de 1813. Or, ce décret lui-même, prenant pour base le nombre et non le capital des actions aliénées, il faudrait admettre que le capital des actions industrielles fût légalement fixé à un chiffre invariable. Une autre théorie (1) allait jusqu'à exiger l'homologation du tribunal en vertu des articles 458 et 457. S'agissant d'aliénation, on la prétendait soumise par le fait même à la double formalité que ces textes imposent pour les actes de cette espèce. C'était établir entre les valeurs ordinaires et les rentes ou actions de la banque une inégalité en sens inverse de celle, au moins plus vraisemblable, admise par la jurisprudence de 1873 ; celle-ci faisait à ces titres spéciaux une situation privilégiée, M. Laurent leur refusait la protection qu'il disait être celle du droit commun. De plus cette théorie reposait sur la confusion reprochée injustement à notre système : autant l'intervention du conseil de famille est générale pour tous les actes de disposition, autant celle du tribunal est exceptionnelle et restreinte aux cas précis pour lesquels la loi l'exige. C'est ce qu'a constamment reconnu la Chambre du conseil. C'est ce que proclamait très fermement l'arrêt de la Cour de Douai cité plus haut qui, tout en reconnaissant, pour l'abandon aux créanciers héréditaires, la nécessité d'obtenir l'autorisation du conseil de famille, rejetait celle de l'homologation (2). Ainsi donc, à notre avis, cette autorisation était générale pour toutes les valeurs, nécessaire, mais suffisante.

194. — Ce système, très savamment développé par M. Rodière dans une note sur l'arrêt de cassation du 12 décembre 1855 (3), avait, nous devons l'avouer, peu de chance de triompher devant la cour suprême ; eût-il obtenu pour lui l'honneur d'une décision conforme, la confusion des opinions dissidentes n'en eût pas moins continué de régner devant les cours et tribunaux,

1. Laurent. tom. 5 nº 63 et suiv.
2. Douai, 13 août 1855.
3. Sir. 1856, I. 97. J. P. 1857, p. 382.

Digitized by Google

et dans la pratique, les uns appliquant le principe de la liberté absolue, les autres la distinction de la loi de 1806 ; quelques uns se limitant, comme nous le voulions, à l'autorisation du conseil de famille, d'autres enfin plus rigoureux, ou croyant être plus logiques, allant dans leur déduction extrême jusqu'à imposer l'homologation prescrite par l'article 458 et dont cependant il est peu vraisemblable que le législateur ait entendu faire l'application aux valeurs dont la vente exige toujours célérité et peut être elle-même réclamée pour certains motifs, en vue de certaines prévisions secrètes, dont les tribunaux ne sauraient être bons juges (1). De toutes façons, c'était le chaos et l'incertitude dans une matière où il s'agissait des intérêts les plus considérables, où il importait à tous d'être fixés, au tuteur qui, pour agir librement, a besoin de connaître exactement les bornes de sa capacité ; au pupille dont le patrimoine souffrait d'une gestion tantôt trop libre, tantôt paralysée par les craintes qui retenaient à la fois et le tuteur et les tiers. Aussi put-on croire un instant que l'admission par la jurisprudence d'un système de garanties restreintes dut apporter encore plus de trouble que de sécurité et que dans l'état des choses la solution peut-être la moins désastreuse fut encore la mesure radicale prise par la cour suprême en 1873. Déblayer le terrain de toutes les incertitudes, le débarrasser de toutes les demi-mesures ; tout fixer d'un seul mot : liberté absolue. C'était peu juridique, nous l'avons démontré ; mais cela devait avoir au moins l'avantage de montrer au vif les dangers d'une loi incertaine, d'effrayer les intérêts privés, désormais livrés à la merci d'une administration arbitraire, d'attirer enfin l'attention de nos législateurs et de hâter par le fait même une solution appelée par le vœu général. Je ne sais s'il serait un peu hardi de prétendre que ce but final, et certes bien légitime, n'eût été au fond, et inconsciemment sans doute, le véritable inspirateur de la jurisprudence dernière ; il est en effet intéressant aujourd'hui de constater que, ce but atteint, la Cour de cassation vient de surprendre quelque peu le monde judiciaire par une interprétation tout opposée des principes du Code civil en matière d'administration tutélaire. Un arrêt récent (2) reconnaît pour tous les administrateurs, le tuteur y compris, la nécessité d'une autorisation, par l'autorité compétente, pour l'aliénation des valeurs mobilières ; il admet que tel était le principe dont la loi de 1806 a fait une application, en y apportant seulement une légère dérogation pour certains titres d'un taux inférieur ; il suppose par conséquent que sous l'empire du Code civil, le tuteur devait de droit commun s'adresser au conseil de famille pour l'aliénation de toutes les

1. Cf. M. Léon Michel, *loc. cit.*, n° 75, p. 206.
2. Dal. 81, 1, 241.

Digitized by Google

valeurs quelconques appartenant au pupille : la Cour de cassation ne nous avait certainement pas préparés à cette révélation. Par le pire pour aller au mieux, c'est une devise assez révolutionnaire en politique ; il semblerait, par les résultats auxquels elle vient de conduire, qu'elle fut moins dangereuse en jurisprudence. Quoi qu'il en soit de cette volte face rétrospective, il est certain que cette interprétation eût difficilement prévalu avant la loi de 1880.

195. — Cependant la plupart des Etats qui, après avoir été momentanément régis par notre Code civil, promulguèrent sur la base même de nos lois un Code national, avaient interprété, dans le sens que nous indiquions nous-mêmes, la section relative à l'administration tutélaire ; dans le grand mouvement de réforme législative qui suivit le travail de refonte politique élaboré en 1815, on insista presque d'une façon uniforme sur la nécessité de restreindre les pouvoirs du tuteur au point de vue du moins qui nous occupe ; cette préoccupation se révèle non-seulement dans les Codes directement inspirés par le nôtre, mais plus encore dans les monuments législatifs qui ne s'y rattachèrent que d'une façon lointaine. Il n'est pas étonnant de trouver trace de cette insistance dans le Code autrichien publié en 1811 ; il est un de ceux qui enlèvent au tuteur toute initiative, toute liberté d'action, qui mettent en quelque sorte le patrimoine du pupille en sequestre sous la main de la justice, et établissent un tribunal pupillaire chargé de prendre toutes les décisions pouvant avoir quelque importance ; le tuteur est réduit aux actes d'administration les plus sommaires et l'article 232 prend soin d'avertir que parmi eux ne saurait être comprise la cession de créances. En 1825, le nouveau Code polonais, un de ceux au contraire qui admettaient le système français, s'attachait à préciser le sens de notre article 452, et entourait de garanties plus énergiques les créances hypothécaires du mineur (cf., art. 429, 441, 442, 443). Le Code civil russe de 1835 traduisit ainsi la pensée qui a inspiré le malheureux texte incomplet du Code Napoléon : Les biens meubles, tels que les actes et titres de créances sont conservés » (art. 200) ; et il ajoutait comme conséquence : « La vente des effets qui ne sont pas sujets à détérioration, n'est admise que dans certains cas exceptionnels, qui sont..., etc. » (art. 207-3°). Le Code sarde de 1837, s'inspirant d'une disposition du droit romain, permettait au conseil de famille d'enlever au tuteur le libre recouvrement des capitaux mobiliers (art. 337) ; et, suivant l'exemple introduit par notre loi de 1806, exigeait pour la vente des rentes du pupille l'autorisation du conseil de famille. Enfin il imposait au tuteur l'inscription au nom du pupille des titres au porteur lui appartenant (art. 336). Le nouveau Code Italien de 1866 complète cette réforme partielle en assimilant d'une façon complète, à notre avis trop absolue, les aliénations mobilières à celles des biens immeubles, et soumettant les unes comme les autres à la

Digitized by Google

double formalité de l'autorisation familiale et de l'homologation judiciaire (art. 296 et 301). En Angleterre, où cependant les droits des tuteurs et curateurs sur les biens du pupille, et plus spécialement sur les « Things Personal », se rapprochent si fort de ceux d'un propriétaire momentané (1), il n'est pas moins certain que le *guardian*, dans les cas où il est préposé à la gestion des intérêts pécuniaires, ne trouve pas dans ses pouvoirs le droit d'aliéner les valeurs qui appartiennent au pupille ; ces dernières ne peuvent être inscrites à son nom que sur l'ordre de l'autorité judiciaire, et il lui faut également une procuration donnée en due forme pour toucher même les dividendes qui y sont afférents (2). Enfin, en Prusse la loi du 5 juillet 1875 sur les tutelles soumet le tuteur pour l'aliénation des valeurs mobilières à l'autorisation du subrogé tuteur sauf recours au tribunal tutélaire (art. 40). Quant aux titres au porteur, le tribunal peut en ordonner la mise hors de cours par une mention qui équivaut à notre conversion en titres nominatifs (*Aussercurssetzung*) (art. 60).

De plus en plus, et à mesure que la fortune mobilière se développait, la même tendance se reproduisait ainsi dans toutes les législations, dans tous les États. Le Code civil Français était le seul à attendre encore une réforme à ce sujet. Ces exemples législatifs, tant de ruines issues du système de liberté absolue, tant d'incertitudes entravant la gestion du tuteur, tant de réclamations élevées par la pratique et une certaine partie de la doctrine, n'avaient pu encore émouvoir nos législateurs. On citait cependant tel ou tel tuteur qui avait vendu les titres du pupille pour les employer à ses propres spéculations de bourse ou de commerce ; et qui, devenu insolvable, ne possédant pas d'immeubles sur lesquels pût efficacement s'asseoir l'hypothèque légale, n'avait pu restituer au pupille devenu majeur, qu'une simple créance contre lui-même, c'est-à-dire un titre nu et sans réalité ; tel autre qui, entravé dans ses fins par l'opposition des compagnies débitrices et des agents de change intermédiaires de la vente, avait demandé la conversion, désormais classée au rang des pouvoirs du tuteur, et s'était servi à sa guise des valeurs ainsi mises au porteur, sans que trace eût été laissée de ses négociations ; tel autre enfin plus honnête ou moins hardi, qui, effrayé des responsabilités qu'on l'obligeait à subir, recourait au tribunal dès que l'aliénation devenait urgente, et, sur la déclaration d'incompétence de la chambre du conseil, n'osait agir et conservait en portefeuille des valeurs dépréciées ou menacées pour les rendre dans cet état au pupille à sa majorité. Ces exemples devenus fréquents, et la triple tendance de la Jurisprudence à permettre l'aliénation des titres sans contrôle, à en autoriser la libre conversion et

1. Cf. Stephen's *Commentar. of. Laws.* Vol. 2. p. 314.
2. Stephen's, *loc. cit.* p. 305 (not. d.) Cf. 6. Geor. 4, c. 74. s. 11. 8 et 9 Vict. c. 973 s.

Digitized by Google

à s'opposer à l'usage des mentions sur les titres au porteur inventoriés, ne permettait plus de rester indifférent à cet état de choses. Aussi, peu de temps après les graves événements qui avaient accompagné l'apparition d'un nouveau régime, dès que l'on put croire qu'il allait être permis d'ajourner les lois politiques pour s'occuper de lois d'affaires, l'attention du gouvernement et des chambres se porta presque en premier lieu sur la réforme attendue au sujet des valeurs mobilières appartenant au mineur. On étudia la question peut-être avec plus de zèle que de méthode et d'esprit de suite. Différents projets se succédèrent qui furent le résultat de cette étude; et de ces travaux, trop fréquemment interrompus par la survenance de préoccupations d'une nature, paraît-il, plus attachante, mais que l'on avait pu croire pour quelque temps ajournées ; de ces discussions auxquelles prirent part les hommes d'affaires les plus éminents des deux chambres et qui, peut-être, eurent le défaut d'être un peu hâtives au sein des commissions, sortit la loi nouvelle dont nous devons aborder maintenant l'étude partielle.

§ 2. — *Loi du 27 février* 1880.

196. — Un premier projet sur la matière avait été présenté au Sénat le 9 novembre 1876 ; il fut de nouveau déposé par M. Dufaure le 12 janvier 1878. Il consistait en une simple généralisation de la loi de 1806, moins la distinction faite d'après le taux des titres aliénés. L'article 1er exigeait l'autorisation du conseil de famille pour la vente de toutes les valeurs mobilières et autres droits incorporels appartenant aux mineurs ou interdits. L'article 2 indiquait le mode de vente. L'article 3 imposait au tuteur la conversion en titres nominatifs des valeurs au porteur dépendant du patrimoine pupillaire ; l'article 4 prohibait l'opération inverse en dehors des formalités même prescrites pour l'aliénation directe des titres et valeurs. Ce projet fut l'objet devant le Sénat d'un rapport de la commission présenté par M. Denormandie (1), et suivi d'une double délibération. Il fut porté à la Chambre des députés le 10 juin 1878 ; et de là, après un rapport de M. Jozon (2) et une double délibération, sortit un projet complètement modifié, qui dut à cette circonstance les honneurs d'une seconde présentation devant la Chambre haute ; il eut la bonne fortune d'y trouver le même rapporteur et prit enfin le nom de loi le 27

1. Premier rapport de M. Denormandie (2 avril 1877). *J. O.* 7 mai 1878, n° 215.

2. Présentation à la Chamb. *J. O.* 6 nov. 1878, n° 824. Rapport de M. Jozon du 29 mars 1879. *J. O.* du 7 avril 1879, n° 1314.

3. Présentat. au Sénat du projet modifié le 9 déc. 1879. *J. O.* 22 déc. 1879, 2me Rap. de M. Denormandie, 17 déc. 1879. *J. O.* 26 janv. 1880.

Digitized by Google

février 1880 (3). Notre sujet ne comporte pas l'étude complète de cette loi ; nous n'aurons pas à parler des dispositions relatives au mineur émancipé, puisque celui-ci est propriétaire bien qu'incapable, et ne peut être compris parmi les administrateurs du bien d'autrui ; nous laisserons également de côté les dispositions édictées au sujet de l'emploi des capitaux mobiliers, en tant que provenant du recouvrement des dettes. Ces réserves faites, nous diviserons de la manière suivante l'étude des dispositions de la loi qui touchent à notre sujet : *article 1er des conditions et formalités imposées pour l'aliénation des valeurs mobilières et de leur sanction.* Cet article comprendra d'abord la double formalité de l'autorisation par le conseil de famille et de l'homologation par le tribunal, imposée comme élément de validité même à l'égard des tiers ; il comprendra ensuite les mesures relatives à l'emploi des capitaux provenant de la vente, et prescrites par le conseil de famille comme condition de l'aliénation, mais dont l'inexécution n'engage que la responsabilité du tuteur. *Article 2. Champ d'application des formalités prescrites par la loi nouvelle.* Nous étudierons les cas divers auxquels elles seront applicables, en nous plaçant soit au point de vue des valeurs aliénées, nous demandant s'il n'en est pas qui dans certaines circonstances spéciales peuvent échapper aux entraves de la loi ; soit au point de vue des actes de disposition faits par le tuteur, recherchant quels sont ceux qui, au regard de la loi nouvelle, doivent être compris sous le terme d'aliénation. *Article 3. Mesures accessoires destinées à assurer l'exécution de la loi.* Ce qui comprendra l'obligation de convertir les titres au porteur de la surveillance du subrogé-tuteur. Dans un court appendice nous étudierons les dispositions relatives à quelques tutelles spéciales.

197. — *Des conditions et formalités imposées pour l'aliénation des valeurs mobilières et de leur sanction.*

Deux questions principales doivent au début de cette étude fixer notre attention, de même qu'elles ont dominé toute la discussion dans les deux Chambres : 1° Devait-on, de tous points, en ce qui concerne les mesures de protection, assimiler les aliénations de titres et valeurs à celles des biens immeubles? 2° Devait-on conserver la distinction traditionnelle de la loi de 1806, basée sur la quotité des capitaux aliénés? La première question, sauf, bien entendu, ce qui était relatif aux pures formes de la vente, affichage ou enchères, ne semblait tout d'abord ne faire aucun doute. N'était-ce pas le vœu général? Aussi bien, chez les différents rapporteurs, que chez la plupart des orateurs, comme d'ailleurs dans les réclamations de la pratique et l'opinion générale, partout on

Digitized by Google

retrouve l'expression du même étonnement : comment supposer que s'il est question de la vente d'un misérable coin de terre, peut-être stérile, improductif, le tuteur devra recourir aux autorités les plus hautes en cette matière, le pupille aura la double garantie de la famille et de la justice, et qu'il n'en soit plus de même, s'il s'agit de disposer de titres dont la valeur peut s'élever à plusieurs millions? La fortune modeste du petit agriculteur est entourée des plus sérieuses protections, certes personne ne songe à s'en plaindre; mais est-ce une raison pour laisser dans un état d'infériorité relative, le patrimoine de l'industriel ou du capitaliste ? C'est ce qu'a compris le Code italien de 1866, qui n'a pas hésité, nous l'avons vu, à mettre sur la même ligne toute aliénation de biens meubles ou immeubles (1).

A ne regarder que l'importance même du bien aliéné et de l'acte accompli, il est certain que ces tendances et ces assimilations sont légitimes ; c'est à ce point de vue seul que l'on semble s'être placé ; comme si l'on avait voulu apporter réparation pour la longue et injuste infériorité dans laquelle a été tenue la fortune mobilière ; s'écarter en un seul point de cette identité proposée entre les immeubles et les valeurs mobilières eût été retenir quelque chose du *vilis mobilium possessio*, contre lequel la loi était et devait être comme une solennelle protestation. Cependant ces bonnes intentions avaient peut-être un tort, celui de n'envisager qu'un des côtés de la question, l'importance même des titres mobiliers et non leur nature propre; or nous l'avons montré dans notre étude générale, lorsqu'il s'agit de protections à accorder aux valeurs de cette espèce, les éléments du problème sont doubles et peut-être contradictoires. A côté du principe de conservation se dresse celui tout aussi important de la rapidité de circulation. Il faut craindre que par trop de garanties on n'arrive à rendre à peu près indisponibles des titres dont la fonction même est l'aliénabilité.

198. — La seconde idée ne se réfère plus au mode ou à la facilité plus ou moins grande de circulation, elle vise la question des frais. C'est en effet un des graves inconvénients des précautions multiples dont la loi entoure la fortune immobilière que les exigences pécuniaires qu'entraîne la moins importante des aliénations. On pouvait espérer que le législateur ayant à faire une création nouvelle et ne devant pas nécessairement se référer aux formalités anciennes du Code civil, aurait pu imaginer un système moins

1. *Art.* 296 : *Il tutore senza l'autorizzazione* etc., etc. *Non può....* etc. *alienare beni immobili o mobili, eccettuati i frutti e i mobili soggetti a facile deterioramento, cedere o trasferire crediti o carte di credito.*

Art. 301 : *Tutte le deliberazioni del consiglio di famiglia, per le quali siano autorizzati atti di alienazione, di pegno od ipoteca dei bei del minore, devono essere sottoposte all'omologazione del tribunale.*

Digitized by Google

coûteux, plus véritablement soucieux d'épargner les frais aux mineurs. On se demandait tout au moins, à défaut d'invention plus ingénieuse, s'il ne fallait pas faire une distinction entre les aliénations suivant la valeur du titre, et par suite épargner aux petits capitaux des frais susceptibles d'absorber presque en entier le produit de la vente. C'était le système de la loi de 1806. On pouvait pour l'apprécier se placer à deux points de vue différents, suivant que l'on envisagerait la situation du mineur propriétaire des petits capitaux, ou que l'on s'attacherait seulement à la quotité des titres aliénés. Se plaçant au premier point de vue, M. Jules Favre a combattu avec une grande chaleur de conviction la distinction proposée ; il répondait aux partisans de la loi de 1806 que les petits propriétaires étaient dignes de protection à l'égal des plus gros capitalistes; qu'une simple inscription de rente, qu'une obligation de chemin de fer représentait souvent toute l'épargne d'un pauvre ouvrier, le placement qu'il voulait assurer à ses enfants comme un fond indisponible ; que plus encore que pour celui qui possède des titres nombreux, il fallait toucher avec précaution et respect à cette ressource extrême; qu'il n'en fallait permettre l'anéantissement que sous l'empire de nécessités urgentes et que c'était à l'État lui-même de veiller au respect de la volonté sacrée du père de famille. A ceux qui lui montraient en pareil cas le prix de vente absorbé par les frais de procedure, il répliquait en demandant pour les petits capitalistes le bénéfice de l'assistance judiciaire. La majorité des deux Chambres se plaça uniquement au second point de vue ; il lui parut impossible d'exiger encore le maintien d'une double autorisation lorsqu'on touchait à un capital minimum à peu près équivalent au montant des frais nécessités : n'y avait-il pas là une question de fait qui s'imposait? On voulut même donner à la distinction proposée une portée absolue et la rendre applicable à la première formalité, c'est-à-dire laisser entièrement les petits capitaux à la discrétion du tuteur, comme jadis; nous verrons que cette proposition échoua devant certaines difficultés d'estimation ; celles-ci existant à un moindre degré lorsqu'il s'agissait seulement de la seconde formalité, l'homologation du tribunal, on crut pouvoir en dispenser facilement l'aliénation des valeurs minimes. La discussion de ces deux idées capitales a été, on peut le dire, la seule vraiment attachante de celle que la loi a soulevées ; nous devons voir ce qu'elle a produit et comment les difficultés que nous venons de signaler ont été tranchées.

199. — La première formalité à laquelle songèrent les rédacteurs de la loi nouvelle fut l'autorisation du conseil de famille; c'est celle qui à notre avis était au fond même de la pensée des auteurs du Code civil ; en l'exigeant en général et sans exception pour l'aliénation de toutes les valeurs mobilière et droits incorporels quelconques, on ne faisait qu'appliquer les

Digitized by Google

principes généraux de notre droits et mettre un terme aux incertitudes qui régnaient sur ce point en pratique et en jurisprudence (art. 1 de la loi). Ce mode de protection n'était pas d'ailleurs un obstacle sérieux au principe de disponibilité et aux exigences auxquelles nous faisions allusion. Sans doute il y a là pour les valeurs qui appartiennent au pupille une légère entrave qui peut en retarder quelque peu la négociation. Mais ceci ne saurait avoir d'influence au sujet de la circulation des valeurs en général. Ce retard et cet obstacle mis à la marche et à la faculté d'échange de certains droits de cette espéce, ne portent que sur un stock peu considérable et laissent aux autres titres leur liberté d'allure; ces entraves partielles ne peuvent donc en aucune façon avoir quelque influence sur le développement des valeurs mobilières en général, et il a été facile de rassurer M. de Gavardie sur ce point (1).

La fonction et le rôle économique de ces valeurs n'ont donc en réalité rien à craindre des difficultés qui peuvent entourer la circulation de quelques unes d'entre elles; et c'est pour ces dernières seulement et en ce qui touche l'intérêt particulier du mineur à qui elles appartiennent, qu'il convient d'examiner la valeur et l'opportunité de l'obstacle apporté à leur négociation. Cet obstacle consiste dans l'obligation de réunir le conseil de famille et d'obtenir son autorisation. Or il ne faudrait pas s'exagérer les lenteurs de cette convocation. Le vœu du Code civil et la pratique ordinaire des juges de paix est de choisir les membres du conseil de famille parmi les parents domiciliés dans la même commune, auquel cas le délai minimum est de trois jours. En général il s'écoule presque toujours une semaine entre l'envoi des lettres d'avis et la réunion du conseil, surtout à Paris où pour toutes ces séances les juges de paix ont un jour fixe chaque semaine; ce délai varie donc entre quinze et huit jours, au minimum il peut être de trois jours. Quoiqu'il en soit, si le tuteur est attentif et prévoyant, il ne nous semble pas qu'il puisse y avoir là un retard préjudiciable; il y a sans doute des exemples trop fréquents, pour ne pas dire trop récents, de désastres financiers subits, inattendus, qui éclatent d'un jour à l'autre sans qu'on ait pu les soupçonner la veille; mais ces chutes n'atteignent guère que certaines valeurs dont les cours n'ont d'autre fondement que l'agiotage, et qu'au début de la tutelle, ou à l'ouverture des successions dont elles font partie, un conseil de famille prudent aura dû, non pas toujours, mais le plus souvent, chercher à remplacer par des titres sûrs et solides. Pour les valeurs déjà casées, et depuis longtemps acceptées comme valeurs de placement, de pareilles catastrophes seront assurément plus rares, en tout cas moins rapides et il sera presque toujours possible de

1. Sénat. 24 mai 1878 (J. O. 25 mai).

Digitized by Google

les prévoir d'avance. Du moment que la convocation peut toujours avoir lieu entre deux liquidations de quinzaine, il est fort rare que dans cet intervalle se produisent dans les cours des variations exagérées, sans que les formalités nécessaires à la vente aient pu être remplies. Et tout ce qu'on peut dire, c'est que, puisqu'il fallait choisir entre une liberté d'action souvent ruineuse et les dangers exceptionnels d'un retard aussi peu considérable, le choix ne pouvait être douteux. Ce minimum de délai constitue également le minimum des inconvénients qu'entraîne toujours nécessairement avec elle toute formalité protectrtce imposée comme condition préalable des transactions. On concevrait sans doute un système, comme celui de la loi prussienne de 1875, consistant dans l'approbation d'une tierce-personne, toujours présente, et par suite toujours prompte à être obtenue dans le cas où elle doit l'être. C'eut été accorder, étant donnée notre organisation tutélaire, trop ou trop peu à la protection désirée. Trop peu bien souvent, puisque la garantie n'eut consisté que dans l'appréciation, quelquefois insuffisamment éclairée, et toujours dépourvue de contrôle, de deux individus seulement ; trop en certains cas, puisque le subrogé-tuteur, le seul à qui ce rôle pouvait appartenir, étant l'antagoniste naturel du tuteur, il se fût peut-être opposé de parti pris à la mesure proposée. Il eut fallu recourir alors à une autorité supérieure chargée de trancher le différent et par suite s'exposer aux retards les plus considérables. Enfin, les motifs qui peuvent nécessiter l'aliénation proposée peuvent être de nature fort délicate, quelquefois personnels au pupille lui-même, aux vues d'avenir de sa famille, il est donc bon que celle-ci soit appelée à donner son appréciation.

200. — A cette dernière considération se rattache une première différence nécessaire entre l'aliénation des valeurs mobilières et celle des immeubles. L'article 457 ne permet la vente de ceux-ci qu'au cas de nécessité absolue ou d'avantage évident, et dans tous les cas après qu'il aura été constaté, par un compte sommaire présenté par le tuteur, que les deniers, effets mobiliers et revenus sont insuffisants. L'aliènation des immeubles est donc un expédient extrême ; on ne doit y recourir qu'en dernier lieu quand les capitaux disponibles ont été épuisés ; et encore faut-il qu'il n'y ait aucun doute sur la nécessité de vendre, On le voit, la liberté même du conseil de famille, appelé à autoriser l'aliènation, est étroitement limitée ; la loi a posè les conditions sous lesquelles cette autorisation doit être accordée et le conseil n'intervient que pour constater si ces conditions existent dans l'espèce. C'est qu'en fait d'immeubles la conservation est la règle ; nous savons qu'il ne pouvait en être ainsi pour les valeurs mobilières. Ici l'utilité de la vente dépend le plus souvent d'une appréciation toute personnelle et rarement la nécessité en apparait avec le caractère de l'évidence même ; plus rarement encore cette aliéna-

Digitized by Google

tion ne se trouve être qu'un moyen subsidiaire, exigeant un compte préalable des ressources et capitaux disponibles. Sans doute cela peut-être ainsi au cas de dettes à payer ; mais il en est tout autrement s'il s'agit de dépréciation menaçante ; en pareil cas la quotité des deniers ou revenus libres ne peut être d'aucun poids dans l'appréciation qui doit être faite de l'opportunité de la vente.

La conséquence pratique de cette observation est donc la liberté la plus absolue laissée au conseil quant au choix à faire et à la décision à prendre relativement à l'aliénation des valeurs mobilières ; si donc l'autorisation a été donnée à l'unanimité, il y aura défaut de recours en principe devant toute autorité supérieure. S'il y a eu des voix dissidentes, l'application en pareil cas de la disposition générale de l'article 883 du Code de procédure permettra au tuteur, subrogé-tuteur, ou même aux autres membres opposants de se pourvoir devant les tribunaux. Aussi est-il nécessaire, dans cette prévision, bien que le conseil n'ait aucun compte à rendre des motifs de sa décision, que l'avis de chacun des membres soit motivé au procès-verbal. Telle est la première formalité, celle qui est générale et s'applique à toutes les valeurs, l'autorisation du conseil de famille. Il s'agit d'une décision dont les motifs sont laissés à l'entière liberté de chacun des membres du conseil, mais dont il peut être appelé, si elle n'est pas unanime, soit qu'elle conclue au refus d'aliénation, soit à l'autorisation demandée.

201. — Les partisans de la distinction formulée dans la loi de 1806 n'ont pas manqué de réclamer contre la généralité d'application de cette première formalité elle-même. Un amendement fut proposé dans ce sens par M. Bernier au cours de la seconde délibération devant la Chambre des députés ; il proposait de fixer la limite au capital de 1200 fr. pour chaque nature d'action ou d'obligation. Cette proposition était inspirée par le désir, indiqué au début de cette section, de ne pas imposer pour l'aliénation des plus faibles valeurs des formalités trop coûteuses ; sinon il arriverait, disait l'auteur de l'amendement, que les frais pussent absorber le prix de vente. Il est en effet des inscriptions dont la valeur pourra ne guère excéder 100 fr., des obligations valant 300 fr. en moyenne ; or, les frais de réunion du conseil de famille seront au minimum de 40 à 50 fr., sans compter les indemnités de déplacement, près de la moitié du prix aura passé en frais de procédure. Le rapporteur devant la Chambre des députés reconnut le bien fondé de cette observation ; il le fit d'autant plus volontiers qu'il devait lui donner satisfaction au sujet de la seconde formalité imposée pour la vente, celle qui consiste dans l'homologation judiciaire. Mais il lui parut cependant impossible de généraliser complètement la distinction proposée, en raison des difficultés spéciales qu'elle eut comportées. Sans doute pour les valeurs

Digitized by Google

cotées à la Bourse les cours pouvaient être constatées en dehors de l'appréciation du tuteur, et par suite, le champ d'application des formalités restreintes aux capitaux importants, nettement délimité et soustrait à l'arbitraire. Mais il ne pouvait plus en être de même pour de simples créances sur de mauvais débiteur, pour un fonds de commerce ou autres droits incorporels, tels que participations dans des sociétés civiles ou associations avec des tiers. Le tuteur seul chargé de proposer la vente eût été libre d'en évaluer l'importance et de s'adresser à son gré au conseil de famille. Comment d'ailleurs les intermédiaires de la vente ou les tiers-acquéreurs eussent-ils pu contrôler l'exactitude de l'estimation supposée ? C'eût été revenir pour bien des cas aux incertitudes si préjudiciables au mineur, à l'éventualité des recours ultérieurs et par suite aux défiances suscitées contre les négociations de cette nature, toutes choses contre lesquelles on voulait réagir (1). Et cependant ce n'était encore là qu'un des côtés graves de la question ; avec un tel système la difficulté presque insoluble eut été d'éviter la vente successive de plusieurs titres tous inférieurs individuellement au taux indiqué. L'agent de change ne peut se rendre compte si d'autres titres de la même valeur ont été vendus antérieurement par le tuteur, s'il en est d'autres dont il puisse se défaire en s'adressant à des intermédiaires différents. On ne pouvait annuler chacune de ces ventes individuelles pour le cas où la valeur en bloc eut dépassé le taux minimum sans rendre à peu près impossible le rôle des agents de change ; ces derniers, dépourvus de sécurité, eussent refusé leur ministère ou exigé des preuves fort difficiles à fournir. Il fallait donc ou réaliser les ventes partielles, ce qui eut permis de tourner la loi et de se dispenser de toute formalité, ou déclarer, ce qui était le plus pratique, la nécessité de l'autorisation applicable à toutes les valeurs du pupille (2). M. Buchère fait remarquer d'ailleurs que les inconvénients que pourrait avoir l'application de cette formalité aux petits capitaux, pourront être fort souvent écartés par la prévoyance du tuteur. C'est en effet le plus souvent au début même de la tutelle, ou lors de l'acceptation des successions échues au mineur que se présentera pour le tuteur la nécessité plus ou moins imminente de vendre les titres sans importance; c'est alors qu'on a surtout besoin de numéraire, soit afin de payer les dettes, soit pour réaliser des placements plus considérables, aussi l'on sacrifiera de préférence les valeurs minimes. Ce choix sera donc proposé au conseil de famille soit dans la réunion qui aura lieu au début de la tutelle, soit à celle qui sera appelée à délibérer sur l'acceptation même de la succession ; dans ce dernier cas l'autorisation ne sera le plus souvent qu'éventuelle, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle ait ce

1. Premier rap. de M. Denormandie.
2. Rapport de M. Jozon, 29 mai 1879.

Digitized by Google

caractère (1). Ajoutons enfin que le pupille pourrait faire supporter au tuteur les frais d'une convocation spéciale qui ne serait due qu'à son imprévoyance manifeste. Le législateur pour mieux marquer encore le rejet du système proposé a par un article formel aboli la loi de 1806 et le décret de 1813.

202. — Devait-on s'en tenir à cette première formalité? Etait-elle ou non suffisante? Le premier projet du gouvernement n'en exigeait point d'autre, et nous n'hésitons pas à déclarer que nous aurions été de cet avis. Tel ne fut pas celui de la majorité dans les deux Chambres ; tel n'est pas non plus celui de la plus grande partie des auteurs qui ont écrit sur la matière. La loi de 1806, lorsqu'il s'agissait de l'aliénation des titres les plus sûrs, des valeurs les moins sujettes aux dépréciations soudaines, des seules peut-être que l'on eût été en droit d'assimiler entièrement aux immeubles, se contentait de la simple autorisation du conseil de famille. Et je ne sache pas qu'aucune réclamation se soit élevée sous l'empire de cette loi contre l'insuffisance des protections attachées par elle aux valeurs considérées à juste titre comme les plus précieuses. Le summum des vœux formulés alors était l'extension de cette mesure de garantie aux titres non visés par cette loi. Tout au contraire, lorsque les tuteurs plus timides, plus scrupuleux, en tout cas rendus défiants par les incertitudes de l'article 452, voulurent accumuler sur leurs actes le maximum de sécurité possible et s'adressèrent à la Chambre du conseil, pour obtenir l'homologation de la décision prise par l'assemblée de famille, cette dernière refusa constamment d'intervenir et la doctrine à peu près unanime (2) s'éleva avec elle contre cette prétention; nous avons vu même les partisans de l'aliénation libre, basée, disaient-ils, sur l'interprétation de l'article 452 se faire une arme de cet excès de précautions pour condamner les mesures de garantie proposées et déclarer hautement qu'il était préférable d'affronter les périls de l'extrême liberté plutôt que de subir les entraves d'une protection si désastreuse, si contraire à la nature des biens en cause (3). Il est étonnant toutefois que ces protestations à peu près unanimes, lorsqu'il s'agissait à peine d'une simple menace, aient trouvé si peu d'écho quand on en vint à l'application elle-même. Un amendement de M. de Gavardie au Sénat; un autre analogue de M. Bernier à la Chambre des députés, suivis tous deux de protestations indignées plutôt que de réfutations, et en dernier lieu d'un rejet à une forte majorité: voilà la part qui a été faite lors de la discussion aux partisans de la libre circulation des valeurs. De très rares critiques parmi les commentateurs de la loi nouvelle, l'approbation à peu près générale de la mesure adoptée, tel est le sentiment de la doctrine

1. Buchère. Commentaires sur la loi du 24 février 1880, § 17, p. 16.
2. *Contra* Laurent, *loc. cit.*.
3. Cf. M. Léon Michel, *loc. cit.*, § 75, p. 206.

Digitized by Google

à cet égard. Seule, dit-on, la pratique commencerait à s'apercevoir de la vertu de cet adage que parfois le mieux est l'ennemi du bien. C'est qu'en effet le législateur, et aujourd'hui encore la plupart des commentateurs, ont été dominés par la pensée même qui avait été l'inspiratrice du projet : c'était une loi de réaction ; elle en a, je crois, le caractère un peu forcé et l'apparence un peu hâtive. On a voulu repousser tout ce qui laisserait subsister une égalité entre les deux classes de biens et semblerait par suite perpétuer le souvenir des anciens abus.

203. — Et cependant nous avons déjà essayé de montrer combien cette assimilation absolue et complète, au point de vue même qui nous occupe, des valeurs mobilières aux immeubles était chose factice et souvent impossible. On sait que, malgré leurs désirs, les auteurs de la loi n'avaient pu restreindre l'aliénation des valeurs aux motifs exigés par l'article 457 pour celle des immeubles. Des raisons analogues auraient dû, ce semble, les engager à se montrer plus circonspects au point de vue du nombre et de la nature des formalités exigées ; plus respectueux de la liberté qui, en pareil cas, doit être plus spécialement laissée au conseil de famille. Assurément, la confiance de la loi dans le conseil de famille n'étant pas illimitée, il pouvait paraître désirable de soumettre au contrôle des magistrats un acte de disposition aussi important. Cette intention était fort légitime et nous ne saurions que l'approuver s'il ne nous semblait, en premier lieu, qu'en bien des cas les lenteurs et entraves de la formalité nouvelle seront plus préjudiciables à l'intérêt du mineur que le défaut même de contrôle judiciaire ; et en second lieu, que pour l'acte dont il s'agit les magistrats ne sauraient être toujours des appréciateurs suffisamment éclairés de l'opportunité réelle de l'aliénation. Nous éprouvions déjà quelque scrupule à imposer pour la vente de certaines valeurs le délai moyen de huitaine ou quinzaine exigé pour la convocation du conseil de famille ; et il est à peu près certain que le délai nouveau, résultant de la procédure d'homologation, sera d'une ou plusieurs semaines en province, à supposer que le tuteur ait requis dans les délais légaux (art. 887, Cod. proc.), et à Paris de plus d'un mois. Or de semblables lenteurs, dans une matière qui requiert souvent la plus extrême célérité, pourraient presque suffire à la condamnation du système (1). Le tort du législateur a été, à notre avis, d'envisager surtout l'hypothèse où il s'agirait de valeurs de placement dont la sécurité est à peu près à l'abri de toute éventualité. Pour elles, on n'a songé qu'aux garanties réclamées, on n'a pas cru devoir tenir compte des lenteurs de la procédure. Il n'est pourtant pas impossible qu'un retard de quelques mois, même

1. Cf. M. Léon Michel, *loc. cit.*, § 75, p. 206. Michot, *Rev. du Notar. et de l'Enregistr.*, an. 1880, n° 5992.

Digitized by Google

dans la négociation des rentes, ne puisse empêcher le tuteur de profiter d'une hausse momentanée et surtout ne soit préjudiciable à l'emploi projeté du capital retiré de la vente. Et si nous considérons les valeurs d'aventures, quelquefois considérables, qui peuvent se trouver dans la succession, qui peut nier qu'un délai semblable ne puisse constituer pour le mineur une cause non plus de simple préjudice, mais de ruine complète?

204. — Nous avons ajouté que l'appréciation des motifs qui ont entraîné la décision du conseil de famille sera toujours extrêmement difficile pour les magistrats. Nous comprenons le contrôle judiciaire pour des actes simples, interdits en principe et qui ne peuvent être autorisés que pour des motifs nettement caractérisés. Le rôle des magistrats est précis, il est des plus simples. Pour admettre l'exception, il n'a qu'à vérifier si les motifs invoqués sont ceux de la loi (art. 457); en la rejetant il reste dans la règle. C'est le système dont le code nous montre des nombreuses applications. En principe l'aliénation des immeubles, l'hypothèque, l'emprunt sont défendus. Le tribunal pour les permettre doit s'assurer qu'il y a bien réellement nécessité absolue, et les éléments de son appréciation lui sont fournis par le compte du tuteur. Mais il n'en est plus de même pour les actes que j'appellerais volontiers à double face, pour lesquels aucune présomption favorable ne peut être formulée d'avance ni en faveur de leur omission, ni en faveur de leur accomplissement. En pareil cas le rôle de l'autorité appelée à prendre une décision est fort complexe; en effet, quoi qu'elle résolve, elle se trouve trancher seule une question de disposition souveraine et l'on ne peut jamais dire d'une façon certaine qu'elle se contente de maintenir le droit commun. Nous n'avons qu'à reproduire ici, en y insistant à un point de vue nouveau, un procédé de raisonnement déjà présenté ailleurs. La décision à prendre en matière de succession est toujours, disions-nous alors, un acte d'une importance considérable. L'acceptation même bénéficiaire peut constituer une perte par suite du rapport des donations et legs qu'elle rend obligatoire; la renonciation eût pu garantir contre ce préjudice. Mais d'un autre côté, si l'hérédité est bonne et qu'il n'ait été fait aucune donation rapportable, elle peut priver le mineur d'une fortune considérable. La question est donc autrement importante que celle qui s'élève au sujet de la vente d'un simple coin de terre. Et cependant cette dernière a les honneurs du contrôle judiciaire, l'autre est entièrement remise à la liberté d'appréciation du conseil de famille. C'est que dans cette hypothèse aucune des deux décisions susceptibles d'intervenir ne rentre dans le cadre d'une règle générale formant *a priori* le droit commun de la matière; on ne peut poser en principe que devant une succession ouverte, la règle, pour le conseil de famille, soit l'acceptation pas plus que la renonciation. Quelque soit le parti qui doive

Digitized by Google

être pris, c'est un parti souverain ; si bien qu'au cas où le conseil de famille eût opté pour l'acceptation, le refus du tribunal constituerait une décision d'un caractère aussi exceptionnel, aussi souverain que celle dont le conseil de famille avait pris l'initiative. De sorte que des deux autorités appelées à décider en matière d'actes de disposition, une seule se fût trouvée avoir tranché la question. Entre les deux il fallait choisir, or le code n'a pas hésité ; entre le tribunal dépourvu des moyens directs d'appréciation et le conseil de famille seul capable de prendre par lui-même les informations nécessaires, il n'était pas douteux que celui-ci seul dût avoir le dernier mot en cette matière (1). Or il y a dans la matière qui nous occupe quelque chose d'analogue. Pour un très grand nombre de valeurs, on ne peut poser en principe aucune présomption de droit commun, ni dans le sens de la conservation ni dans celui de l'aliénation. Il peut se faire que se décider pour le maintien dans le patrimoine du titre qui s'y trouve soit un acte d'une nature plus grave et plus dangereuse cent fois que ne pourrait l'être l'aliénation. Cette dernière ne peut aboutir, en laissant de côté les dangers relatifs à l'emploi des deniers qui en proviennent, qu'à un manque de gain ; la conservation peut conduire à la ruine. C'est assurément là une éventualité qui ne saurait jamais être le résultat d'un refus d'homologation en matière immobilière ; on voit donc à ce premier point de vue, quelle différence profonde existe, à propos du même acte, suivant qu'il se réfère à l'une des deux catégories de biens que l'on prétend vouloir assimiler entièrement l'une à l'autre. En notre matière, lorsque l'autorisation du tribunal est demandée, l'attention de celui-ci n'est directement portée que sur l'une des deux faces de la question : a-t-il les éléments nécéssaires pour juger la portée de son refus? Ce refus n'équivaut pas au maintien du statu quo pur et simple, il signifie que le pupille doit affronter désormais toutes les chances bonnes ou mauvaises du titre qui avait suscité les inquiétudes et la préoccupation du conseil de famille ; or, ces chances, le tribunal est-il mieux à même que ce dernier de les apprécier ; à moins d'enquête ordonnée à cet effet, l'affirmative en bien des cas est fort douteuse ; or il suffit de faire allusion à ce moyen possible de recherches et renseignements, pour soulever les plus légitimes protestations en pareille matière.

205. — D'ailleurs la suppression si sage de la partie de l'article 457 qui fixe les causes légitimes d'aliénation du bien pupillaire, emportait par le fait même liberté souveraine d'appréciation laissée au conseil de famille. C'est qu'en effet pour les immeubles on pouvait toujours déterminer d'avance d'une façon à peu près générale, les circonstances qui peuvent en rendre l'aliénation nécessaire ; d'ordinaire ce sera le paiement des dettes

1. Cf. Également l'art. 464 en matière d'actions judiciaires à exercer.

Digitized by Google

joint à l'insuffisance du mobilier ; il sera rarement question à propos de mineurs ou d'interdits de la motiver sur un besoin de capitaux pour la fondation d'une entreprise nouvelle ; restera donc l'hypothèse de dépréciation de la propriété immobilière, provenant par exemple de fléaux agricoles ; ces dernières sont toujours lentes et progressives ; l'aliénation dans toutes ces hypothèses n'exige aucune précipitation, et l'appréciation de ces diverses circonstances est des plus faciles ; elle ne deviendrait quelque peu délicate que pour les terrains achetés dans un but de spéculation dans certains pays dont la prospérité peut dépendre non-seulement de conditions climatériques mais des caprices de la mode ; même dans ce cas il ne peut être question de revirements brusques et soudains, et pour le tribunal les éléments de décision restent simples et facilement appréciables. Il en est tout autrement des titres et valeurs mobilières ; les causes qui peuvent légitimer leur aliénation sont fort nombreuses ; il est impossible de les prévoir et souvent elles dépendent de prévisions tout individuelles. Pour un grand nombre, les motifs qui auront guidé le conseil de famille seront de nature à rester cachés ; et il pourra être délicat, quelquefois dangereux, de les révéler même en chambre du conseil ; devant le juge de paix, tous les membres d'accord dans leur appréciation auront voté pour la vente sans indiquer le motif véritable qui est au fond de leur pensée ; la décision étant supposée unanime, l'appel n'est pas possible. Devant le tribunal qui hésite il faudra exposer toutes les circonstances de la cause ; et s'il refuse de se rendre et qu'on aille en appel, ce n'est plus alors la chambre du conseil qui recevra la confidence secrète de révélations souvent délicates, c'est l'audience publique qui en deviendra dépositaire. L'alarme ainsi donnée, on s'expose à voir se multiplier les ventes de valeurs similaires, le marché devenir subitement encombré ; le désastre de la compagnie débitrice se trouve peut-être par là même précipité, et le tuteur, en vertu d'une autorisation si laborieusement obtenue, arrivera trop tard pour vendre au pair. Ces éventualités sont loin d'être chimériques ; il est certaines valeurs qui dernièrement encore faisaient prime et dont aucun tribunal peut-être n'aurait autorisé l'aliénation, basée sur de simples suspicions d'un conseil de famille plus clairvoyant, ou mieux informé. Le refus d'homologation en pareil cas eût équivalu à la ruine du pupille à courte échéance. On peut donc entre les aliénations d'immeubles et celles des valeurs mobilières considérées au point de vue qui nous occupe constater les différences suivantes ; ces dernières exigent plus de rapidité ; elles peuvent être basées sur des motifs dont l'appréciation est plus difficile aux magistrats ; elles ne constituent pas toujours en général une exception à un principe de conservation admis comme règle de droit commun ; elles peuvent enfin mettre en question non-seulement

Digitized by Google

une comparaison entre les divers avantages de deux résultats divers, mais une éventualité de perte totale à éviter. Aussi qu'arrive-t-il le plus souvent ? C'est que les magistrats, du moment que la loi ne leur impose plus, comme en matière immobilière, l'obligation de vérifier l'existence d'aucun motif déterminé, s'en rapportent d'ordinaire à la décision du conseil de famille et approuvent; cette formalité nouvelle n'est ainsi dans la plupart des cas qu'une occasion de frais et lenteurs inutiles.

206. — On ajoute, il est vrai, que le but principal est de constituer le tribunal juge de l'emploi indiqué par le conseil de famille des capitaux provenant de la vente des titres. Il est certain que la garantie judiciaire semble en cette matière plus nécessaire qu'en tout autre; si la vente inconsidérée des valeurs mobilières est en elle-même une éventualité qui soit peu à craindre de la part d'une assemblée de famille, dont aucun des membres ne saurait avoir d'intérêt personnel à l'opération ainsi réalisée; il n'en est plus de même lorsque cette dernière est considérée pour ses résultats indirects et au point de vue de l'emploi des capitaux. Le père tuteur légal est peut-être un industriel, un banquier, ou l'administrateur d'une compagnie importante; soit qu'il ait besoin de fonds, soit qu'il ait confiance dans son entreprise, il croit de son avantage, quelquefois même de son devoir, d'y engager les capitaux de son enfant mineur; la famille qui peut avoir le même intérêt ou les mêmes illusions ratifie ce placement; le contrôle du tribunal serait ici fort nécessaire ; nous doutons cependant que cette disposition isolée puisse rentrer dans un système général et une vue d'ensemble qui soit celle de la loi nouvelle. Si en effet il s'agit d'aliénation de valeurs inférieures à 1500 fr., on sait déjà que le tribunal n'étant pas juge de la vente, ne l'est pas davantage de l'emploi. S'il s'agit de deniers provenant d'une succession ou de dettes remboursées au tuteur, le tribunal, le conseil de famille lui-même, sont-ils appelés à approuver l'emploi qui en sera fait ? On a voulu conclure ainsi des termes ambigus de l'article 6 de la loi et prétendre que la double formalité de l'autorisation et de l'homologation s'appliquerait à l'emploi des capitaux d'après la même distinction de valeur que celle admise en matière d'aliénation (1). Ce serait logique. Malheureusement le silence des travaux préparatoires sur ce point important et l'historique du renvoi assez malencontreux introduit dans la disposition finale de l'article 6, montrent suffisamment que l'on a entendu se référer uniquement aux questions de délai et non aux formalités même imposées pour l'aliénation. Le système qui prévaut est donc celui de la liberté

1. Cf. M. Duverger à son cours. Thèse de M. Legrand, p. 164. Trib. Seine, 24 juin 1880; Aff. Richard Bressoles. *Rev. de Législat. de Toulouse.* Buchère, *loc. cit.*, § 90.

Digitized by Google

de l'emploi en général quant au mode de placement. Comment admettre après cela que cette confiance puisse s'être démentie en un seul point, au cas où l'emploi porterait sur le prix de valeurs aliénées ; il semblerait que le tribunal, après s'être dessaisi en cette matière de son rôle protecteur, fût heureux de profiter par surprise de l'occasion que lui offre l'aliénation des valeurs pour surveiller l'emploi auquel d'ordinaire il reste étranger.

207. — Si, cependant le système du premier projet qui n'exigeait que l'autorisation du conseil de famille, eût été maintenu, il ne s'en suivrait pas pour cela que la décision de celui-ci eût toujours entièrement échappé au contrôle des magistrats, grâce à l'application de l'article 883 Code Pr. Au cas où tous les membres n'eussent pas été du même avis, les dissidents auraient toujours eu droit de recourir contre la solution adoptée par la majorité ; et la question ainsi portée devant la justice dans ce cas exceptionnel, eût constitué dès lors non plus une simple autorisation sommaire, le plus souvent donnée sans qu'il y ait de contradicteur, mais une véritable décision contentieuse précédée de l'exposé de toutes les circonstances de la cause. Quoi qu'il en soit, ce système n'ayant pas prévalu, nous allons voir surgir avec le principe de l'homologation, des anomalies assez étranges, comme celle de la distinction forcée, ou à peu près, pour cette seconde formalité, entre les aliénations importantes et celles qui le sont moins ; nous verrons s'élever des difficultés sérieuses comme celles qui concernent l'appel et le recours contre la décision, et surtout celles auxquelles donne lieu la question de titres *indivis* (1).

208. — Le principe de l homologation fut donc admis sans discussion ; cependant, si l'on fit bon marché des lenteurs de la nouvelle procédure, il n'en fut plus de même à l'égard de l'augmentation des frais. Grâce à l'usage des greffiers d' ajouter au jugement d'homologation ce que j'appellerais presque l'expédition de l'expédition même de la délibération du conseil de famille, ce qui est un abus ; grâce à la faculté d'opposition des membres du conseil de famille hostiles à la décision prise, ce qui est d'ailleurs une nécessité et de toute justice ; il n'est pas rare que les frais viennent à dépasser 150 et 200 fr. Ce qui faisait dire à M. Bernier à la Chambre des députés : « Nous attendons depuis longtemps une loi qui diminuera les frais de vente des immeubles. Cette loi n'arrive pas et on nous présente un projet qui augmente dans des proportions considérables les frais qui seront supportés par les mineurs, lorsqu'il sera nécessaire d'aliéner les valeurs qui leur appartiennent (2). » Aussi devenait-il à peu près impossible d'accorder

1. Cf. Trib. de la Seine. Ch. du Cons. 23 juin 1880 *infra*, n° 227 et suiv.
2. Cf. Michot, *Revue du Notar. et de l'Enreg.* an. 1880, n° 5992.

Digitized by Google

à toutes les aliénations de valeurs le prétendu bénéfice de l'homologation. Les frais de convocation du conseil, à supposer les titres les plus faibles, ne peuvent guère atteindre que le 1/3 du prix ; si l'on ajoute les frais d'homologation, on arrive pour les mêmes valeurs à un total équivalent aux 3/4 sinon à la totalité même du capital. Il devenait puéril d'imposer aux mineurs une protection aussi ruineuse : une distinction était nécessaire ; au Sénat la commission en avait d'abord fixé les limites à 5,000 fr. C'est cette disposition même qui souleva les protestations indignées de M. Jules Favre (1) qui se porta le défenseur des petits capitaux et réclama l'égalité pour tous. La justice qui a la protection des faibles devait-elle donc laisser sans garantie l'épargne de l'humble travailleur, et permettre qu'un tuteur imprudent prive les enfants du petit fond de réserve laborieusement, honorablement accumulé par le père de famille? A vrai dire, il y avait là une impossibilité matérielle que nous connaissons ; or, c'est toujours un défaut capital pour une loi de protection de ne pouvoir pas s'étendre à tous les besoins qui pourraient en réclamer l'application. La commission, émue de ces réclamations en elles-mêmes fort logiques, changea la base de la distinction et déclara l'homologation nécessaire au cas seulement où la décision du conseil de famille n'aurait pas été unanime. Dans cette hypothèse, il est vrai, on a déjà la ressource de l'article 883 Code Pr., mais il n'est pas obligatoire et peut être coûteux pour ceux qui l'exercent. Qui ne voit cependant que ce nouveau système ne satisfaisait personne ? Les mêmes frais pouvaient être exigés pour les aliénations de peu d'importance et en absorber le bénéfice et de plus il pouvait dépendre de la mauvaise volonté d'un seul d'imposer les lenteurs et les inconvénients d'une formalité nouvelle. La Chambre des députés revint purement et simplement à la base de la distinction primitive, mais abaissa le chiffre à 1,500 fr. (2). Au-dessus de cette somme, la décision qui autorisera la vente sera toujours soumise à l'homologation du tribunal, statuant en la chambre du conseil et sur les conclusions du Ministère Public (art. 2).

209. — Qui sera juge de l'estimation de la valeur aliénée ? S'il s'agit de valeurs cotées en Bourse, le taux est indiqué par le cours moyen au jour même où la délibération est prise ; et les fluctuations qui peuvent l'atteindre pendant les délais de procédure à fin d'homologation ne peuvent plus changer la compétence attribuée au conseil de famille seul ou au tribunal d'après la valeur des titres au jour indiqué (3). Ceci est très simple ; mais nous savons aussi que pour un grand nombre de droits cette appréciation est difficile et qu'elle s'opposa à ce que semblable distinction fût étendue à l'application

1. Sénat, 24 mai 1878 (*J. O*, 25 mai).
2. Cf. Rapport de M. Jozon, *J. O.*, 7 avril 1879.
3. Circulaire du directeur de la dette inscrite du 10 mars 1880.

Digitized by Google

de la première formalité. On a craint pour celle-ci de laisser le tuteur seul arbitre de l'estimation. Cependant la loi ne craint plus, quand il s'agit de fixer la compétence même du conseil de famille, de laisser à celui-ci le soin d'en déterminer les limites. Sans doute, entre les deux cas la différence est grande ; entre le tuteur qui agit sans contrôle qui peut, au besoin, bénéficier d'une aliénation irrégulière et le conseil de famille composé de plusieurs membres, délibérant sous la surveillance du juge de paix, et ne pouvant retirer pour lui-même aucun bénéfice d'une estimation inférieure, l'assimilation est impossible. Il n'en résulte pas moins qu'il y a quelque chose d'anormal à laisser à l'autorité même que l'on dépouille de sa souveraineté, le soin de délimiter sa propre incapacité. D'ailleurs le désir d'éviter au pupille des frais inutiles, et par suite la plus parfaite droiture d'intention, pourront souvent engager les conseils de famille à évaluer la créance ou le droit au-dessous de leur valeur réelle. Nous pouvons même dire que toutes les fois que l'écart ne sera pas considérable, cette appréciation inférieure sera la règle ; la loi rigoureuse sera ainsi légèrement violée. Évidemment les tiers, les intermédiaires de la vente pourront refuser de l'accomplir, si la fausseté d'évaluation est manifeste ; mais l'illégalité commise ne se présentera pas toujours avec cette apparence de certitude. Puis il est un stratagème qui pourra être employé ; ce sera celui des ventes partielles, lorsque les titres s'y prêteront. Ici encore le danger est moindre qu'il n'eût été de la part du tuteur ; car le conseil de famille, désireux d'éviter une formalité coûteuse, n'ira pas provoquer pour arriver à cette fin, une suite de délibérations, réunions, dont les frais dépasseraient ceux que l'on veut éviter. Ce danger n'est pourtant pas invraisemblable. Les difficultés d'une liquidation successorale font souvent prévoir la nécessité de plusieurs convocations successives ; si dès lors la vente des valeurs paraît utile, on pourra la diviser, l'échelonner ainsi et l'effectuer par groupes de 1,500 fr. chacun, sans réclamation possible. De plus s'il s'agit de titres au porteur, le conseil de famille peut, en les conservant sous cette forme, les laisser à la libre disposition du tuteur, qui aura ainsi toute facilité pour les aliéner sans s'astreindre à l'obligation de l'autorisation de justice. Ainsi les difficultés que prévoyait le rapporteur lorsqu'on proposa une distinction analogue pour l'application de la première formalité, se rencontrent ici à propos de la seconde, fort atténuées, il est vrai, mais réelles cependant.

210. — Quant aux formes même de l'homologation, et la portée que peut avoir la décision judiciaire, on suivra les règles de droit commun en matière de vente immobilière. Or il est de principe en jurisprudence que le tribunal appelé à homologuer une délibération du conseil de famille ne peut substituer une décision nouvelle à celle qui lui est proposée ; il ne peut qu'accepter

Digitized by Google

ou refuser; il n'aurait donc pas le droit de désigner pour être vendue telle autre valeur qui lui semblerait moins avantageuse à conserver. Mais s'il autorise la vente, on doit lui reconnaître le droit de modifier l'emploi indiqué par le conseil de famille; c'est la règle en matière d'aliénation d'immeubles (1). C'est, comme l'indiquait l'un des rapporteurs (2), un des buts que le législateur a cherché en exigeant la garantie de l'homologation. Lorsque nous aurons ajouté que l'article 2 prescrit, pour la vente des titres et valeurs, que l'aliénation ait lieu à la Bourse, et par le ministère des agents de change, ce qui écarte l'intervention des coulissiers, et tranche au point de vue des formes les incertitudes soulevées par l'article 452, nous aurons indiqué toutes les formalités que la loi impose à peine de nullité. Nous devons avant d'étudier les conditions accessoires de la vente, nous demander quel est le caractère même de la décision qui autorise le tuteur à vendre les valeurs, quel recours peut être exercé contre elle, et quelle serait la sanction du défaut des formalités précédentes.

211. — Si l'autorisation du conseil est seule nécessaire, nous savons déjà que la décision, qu'elle permette ou interdise la vente, peut être attaquée par les membres dissidents en vertu de l'article 883 Pr. civ. MM. Aubry et Rau sont seuls à admettre ce recours même au cas où la décision aurait été prise à l'unanimité. Mais cette opinion est restée isolée, la majorité des auteurs faisant de la seconde disposition de l'article 884 le corollaire de la première. Ce qu'il faut remarquer, c'est que ce recours n'a pas le caractère d'un appel devant une seconde juridiction; c'est une instance nouvelle et principale; il n'y a pas à tenir compte des délais d'appel, et parmi les intéressés aucun ne serait en droit d'exiger les justifications propres à établir que la décision du conseil a acquis force de chose jugée. En principe, ce recours étant une action indépendante de toute autre décision judiciaire, est lui-même susceptible d'appel en vertu de l'article 889 Pr. civ. Nous verrons s'il en est encore ainsi pour les décisions prises en matière de vente de valeurs mobilières. La question est plus délicate lorsque la décision est sujette à homologation; d'abord tant que celle-ci n'est pas intervenue, les membres dissidents n'ont qu'un seul droit, celui de s'opposer à l'homologation suivant les termes de l'article 888 Pr. civ. Ce jugement une fois rendu par la chambre du conseil, la question qui se pose est celle de savoir si la délibération du conseil de famille a changé de caractère, si elle s'est transformée en décision judiciaire, susceptible d'acquérir force de chose jugée et comportant dès lors l'appel ordinaire et non plus le recours indiqué par l'article 883

1. Bertin. Ch. du cons. n° 543.
2. 2e. Rap. de Denorm. (J. O. 26 janvier 1880, p. 789).

Digitized by Google

Pr. civ. Cette dernière prétention a été admise par un arrêt de 1859 à propos d'un jugement homologuant une transaction (1); mais la jurisprudence antérieure était contraire à cette solution et celle qui a suivi n'a cessé de protester contre elle. Il est admis que les décisions rendues en matière contentieuse peuvent seules acquérir la force de chose jugée et exiger par suite qu'on les attaque dans la forme et les délais de l'appel. Celles qui sont rendues en matière gracieuse n'influent en rien sur la nature de l'acte qu'elles confirment. La délibération du conseil reste une délibération homologuée contre laquelle on peut recourir par voie principale en vertu de l'article 883 Pr. civ., comme la décision simple qui n'est pas soumise au contrôle judiciaire; et par suite il ne peut être question d'appel en cette matière (2), Ici d'ailleurs ce recours a été expressément réservé par l'article 1 de la loi nouvelle.

212. — Par contre, et en vertu de ce qui précède, la disposition finale de l'article 2 qui supprime l'appel en cette matière n'est pas une des moindres difficultés de la loi. Cette exception apparente aux principes généraux a été le résultat d'une concession faite aux partisans de la libre circulation des valeurs. Il ressort du premier rapport de M. Denormandie et des termes de la discussion que pour abréger les lenteurs de la procédure on décida que le jugement d'homologation serait définitif (3). On considérait, disait-on, que l'affaire ayant été déjà examinée par le conseil de famille, puis par la chambre du conseil, elle avait subi les deux degrés de juridiction, ce qui est le principe admis dans notre législation. Cependant la difficulté vient de ce que cette disposition qui paraît exceptionnelle n'est guère au contraire que la confirmation de la jurisprudence existante. Les jugements d'homologation ne sont susceptibles que de recours principal, non d'appel, or, ce recours principal exercé en vertu de l'article 883 Pr. civ. a été expressément réservé par notre article lui-même; dès lors la concession, en tant qu'elle déclarerait non sujette à appel la délibération homologuée, ne fait donc que mettre au-dessus de toute controverse une solution depuis longtemps admise par la jurisprudence. Il peut se faire cependant que cette disposition ait une autre portée; mais avant de chercher une explication nouvelle, il est bon d'indiquer l'intérêt pratique qu'il peut y avoir à dire que le jugement d'homologation n'est pas sujet à appel mais au recours principal de l'article 883 Pr. civ. Dans le premier cas la décision n'acquerrait un caractère définitif

1. Dal. V° *Minorité*, n° 502.

2. Aubry et Rau, § 95, *in fine*, note 13. Cass. 18 juillet 1826. Sir. 27, 1. 57, Req. rej. 17 décembre 1849. Sir. 50, 2, 289. Toulouse 22 février 1854. Dal. 54, 2, 239. Cass. 10 juin 1874. D. 75, 1. 309.

3. J. O. 26 mai, p. 5766.

Digitized by Google

qu'une fois les délais passés et les intermédiaires de la vente exigeraient pour la conclure que ceux-ci fussent complètement écoulés. Le recours principal est au contraire une ressource accordée aux dissidents pour s'opposer à l'exécution d'un acte non conclu ; elle ne peut jamais porter atteinte à un acte déjà exécuté, car en pareil cas celui qui ne s'est pas opposé à temps à sa réalisation est censé avoir renoncé au droit que lui donnait l'article 884; et les agents de change ni les tiers n'ont plus à craindre de ce côté aucune annulation possible (1). Si le recours est exercé, comme il doit l'être, avant la négociation, mention devra en être faite sur l'expédition de la délibération du conseil de famille, afin que le tiers qui se font représenter les pièces constatant l'accomplissement des formalités nécessaires, soient avertis de l'opposition élevée contre l'exécution de l'acte et puissent surseoir. Si la mention ayant eu lieu, par faute ou ignorance, ils procédaient encore à la vente, ils ne seraient plus à l'abri des conséquences absolues du recours valablement exercé en l'article 883 ; ils seraient, au contraire, en droit d'en méconnaître les effets, si le membre dissident qui l'exerce avait négligé la mention nécessaire.

Cet intérêt pratique reconnu, nous avons à nous demander si la disposition finale de l'article 2 n'a pas d'autre portée que celle de confirmer, au point de vue du recours admissible contre le jugement d'homologation, une solution à peu près universellement reconnue et que rappelait déjà l'article 1er de la loi. Or, la place occupée par cette disposition et les termes par lesquels elle débute doivent nous obliger à étendre l'exception indiquée à tous les cas où l'appel eût été possible. Parmi ces cas se trouve incontestablement celui où un recours a été exercé en vertu de l'article 884 pro. civ. contre une délibération sujette ou non à l'homologation. En pareil cas, le principe est que le recours, étant lui-même une action judiciaire principale, est sujet à appel, il en est ainsi du recours exercé contre une décision relative à la vente des immeubles. La portée générale de l'article 2 de la loi de 1880 fait exception à cette règle et dès lors a pour but de supprimer, en pareil cas, s'il s'agit de valeurs mobilières, l'appel de droit commun admissible contre l'action exercée en vertu de l'article 883. La dérogation est ici considérable ; le rapporteur ne semble pas en avoir aperçu toute l'étendue. Quoi qu'il en soit, la disposition qui l'exprime suit immédiatement la réserve qui vient d'être faite en faveur de l'application de l'article 883 ; elle comprend donc nécessairement l'appel qui serait porté contre une décision judiciaire intervenue en vertu de ce dernier texte ; d'ailleurs le motif de célérité qui en a été l'inspiration impose cette généralité d'application. Nous croyons donc avec M. Buchère

1. Cf. Aubry et Rau, § 96, note 40.

Digitized by Google

que le jugement rendu sur le recours exercé en vertu de l'article 883 sera lui-même en dernier ressort. Mais cette opinion peut être contestée et elle l'a été en effet (1).

213. — Nous avons vu, tant que l'acte n'est pas encore exécuté, que le recours appartient aux membres dissidents du conseil de famille; il ne peut plus être exercé, une fois la vente régulièrement accomplie. Mais ce recours désormais enlevé à la famille, peut-il être accordé au mineur lui-même, soit à lui en personne après sa majorité, soit d'ici là, au tuteur qui est son représentant légal? Il ne peut plus être question alors de poursuite intentée en vertu de l'article 883, mais bien de l'action en nullité elle-même, telle qu'elle est reglée par l'article 1305, Cod. civ. Nous supposons, en effet, la vente parfaite et régulière, elle ne pourrait donc être attaquée qu'en vertu du privilège spécial aux mineurs de faire rescinder tout acte de leurs représentants légaux même régulièrement accompli, s'il leur a été préjudiciable. Ce privilège existe-t-il? On compte sur ce point trois systèmes généraux que nous n'avons pas à exposer par le menu. Nous dirons seulement que M. Demante appliquant l'article 1305 aux actes passés par le tuteur au nom du mineur, admet la rescision pour lésion même contre les actes régulièrement accomplis. S'appuyant sur l'article 1124 qui pose le principe de l'incapacité générale du mineur, il déclare que tout acte accompli par ce dernier est nul en la forme et que par conséquent il ne peut être question pour les actes émanant d'un incapable de rescision pour lésion; de tels actes sont nuls par cela même que celui qui les a accomplis n'avait pas le pouvoir de les effectuer; cette condition suffit sans qu'aucune autre preuve soit nécessaire. Dès lors, la rescision pour lésion, étrangère aux actes du mineur, ne peut s'appliquer qu'à ceux du tuteur, et parmi ces derniers à ceux-là seuls qui ont été entourés des formalités requises. Or, il se trouve que les actes les plus importants, lorsqu'ils ont été ainsi régulièrement accomplis, sont expressément déclarés fermes, inattaquables par l'article 1314. Ce recours subsidiaire n'existerait donc que pour les actes laissés en dehors de cette énumération et en général pour les actes d'administration. Il serait donc intéressant, s'il se trouvait encore quelque partisan de la doctrine de M. Demante, de savoir dans quelle catégorie il rangerait à ce point de vue l'aliénation des valeurs mobilières, telle qu'elle vient d'être réglementée par la loi nouvelle. L'assimilerait-il à l'aliénation des immeubles déclarée non rescindable par l'article 1314? On bien ne se croyant pas en droit d'éten-

1. Cf. Buchère, *loc. cit.*, § 51, p. 44. Annales et journal spécial des Justices de Paix. Livr. de juil. 1880, p. 223.

Digitized by Google

dre les termes rigoureux de cet article, la rangerait-il parmi les actes qui, bien que soumis à quelques formalités, sont encore exposés, suivant lui, à subir la rescision pour lésion, même après l'accomplissement de toutes les conditions de forme exigées par la loi ? J'imagine que l'embarras serait grand ; car si la validité de certains actes a été expressément spécifiée en vue du crédit du mineur, cette raison s'applique au premier chef à celui dont nous nous occupons ; et ce ne serait pas sans quelque scrupule que l'on pourrait prétendre, même après l'homologation et l'exécution de la vente, que le tiers acheteur du titre pourrait se voir évincer par le mineur, au cas où la cession eût préjudicié aux intérêts de ce dernier.

Mais cette controverse ayant fini, à peu près faute de combattants, nous nous contenterons d'exposer le système qui a prévalu, et qui est celui de la validité absolue des actes régulièrement accomplis par le tuteur. Limitant la généralité des termes de l'article 1124, par la condition expresse que met l'article 1305 à l'incapacité du mineur, et qu'annonçait déjà l'article 1125 lui-même, nous pouvons formuler ainsi le système du Code tel qu'il résulte de la combinaison de ces textes : le mineur a été déclaré incapable d'être lésé par ses actes. Il peut donc agir sans que par le fait même il y ait nullité, celle-ci ne pourra être invoquée qu'à charge par lui de prouver la lésion. Si donc il est ainsi prouvé que l'article 1305 s'applique aux actes personnellement accomplis par le mineur et non à ceux qui émanent du tuteur, il s'en suit que ces derniers, lorsque les formalités requises ont été remplies, sont inattaquables. Ce que l'article 1314, dit des actes les plus importants, en vue de les soustraire à la rescision que l'ancien droit laissait planer sur leur sort, doit être appliqué à tous, et forme le système du droit commun. En conséquence l'aliénation des titres et valeurs, quand le tuteur aura obéi aux dispositions de la loi nouvelle, sera pleinement valable comme si elle émanait du propriétaire capable. Ce principe n'est d'ailleurs que l'application de l'article 1988 en matière de mandat ; il est le seul qui puisse suffisamment rassurer les tiers et consolider le crédit du mineur, ce qui est pour les negociations de valeur le point capital.

214. — Nous avons vu l'effet de l'aliénation valablement accomplie, nous devons examiner quel sera celui de l'aliénation irrégulière, de celle qui aura été faite au mépris des termes de la loi ; la question exigerait une distinction suivant que l'acte aurait été irrégulièrement accompli par le tuteur ou par l'incapable lui-même, et dans ce dernier cas nous aurions à nous demander si celui-ci aurait encore une action en nullité pour défaut de formes, ou simplement le recours général que lui accorde l'article 1305, la rescision pour lésion ; à notre avis les formes n'étant exigée qu'à

Digitized by Google

l'égard de la gestion exercée par les représentants légaux, tous les actes de l'incapable doivent avoir le même caractère et par suite la même sanction; tel serait à notre avis le système exigé par la pure logique; la jurisprudence tenant compte surtout de l'importance des actes pour lesquels la loi a imposé au tuteur certaines formalités, les annule pour simple défaut de formes et sans autre preuve de préjudice lorsqu'ils ont été accomplis par le mineur lui-même. Mais notre sujet n'exigeant pas l'examen détaillé de cette hypothèse où il s'agit d'un acte accompli par l'incapable propriétaire, nous nous restreindrons au cas où l'aliénation aura été réalisée par le tuteur en violation des formalités de la loi nouvelle. La sanction est alors la nullité édictée par l'article 1125 du Code civil. Le mineur, devenu majeur, ou son représentant légal, le tuteur, pourront attaquer la vente irrégulière, sans avoir d'autre preuve à fournir que celle du défaut des formalités requises. L'acte est nul pour vice de forme. A un autre point de vue, cette nullité est dite relative, parce qu'elle ne peut être invoquée que par l'incapable, dans l'intérêt duquel elle a été admise et non par les tiers qui ont contracté avec lui. Ceux-ci resteront exposés à ce recours pendant toute la durée de la prescription spéciale en matière de nullité ; cette dernière est réduite à 10 ans par l'article 1304. Un système, il est vrai, a voulu restreindre l'application de cet article aux actes faits par le mineur lui-même, et soumettre ceux de ses représentants légaux à la prescription ordinaire de 30 ans. Cette doctrine qui est absolument contraire à la théorie de la représentation légale, serait de plus incompatible avec les exigences de stabilité et de crédit en matière de négociations de titres et valeurs (1). Mais ce qu'il importe surtout de faire valoir ici, au point de vue des idées d'ensemble qui doivent dominer cette étude, c'est la profonde différence qui existe entre l'acte irrégulier du tuteur, et l'acte excessif du mandataire. Ce dernier est, nous l'avons vu, absolument inexistant au regard du mandant qui se trouve ainsi n'avoir pas été représenté; aussi il n'y a pas à attaquer l'acte au moyen d'aucune action en nullité. Le tuteur au contraire est le représentant général du mineur pour tous les actes nécessaires à la gestion de son patrimoine; sans doute il peut être obligé pour quelques-uns d'entre eux de se soumettre à certaines conditions ou formalités préalables; mais celles-ci ne sont pas exigées pour conférer au tuteur le droit de représenter le pupille, elles n'ont d'autre but que d'entourer l'exercice de son mandat de garanties édictées dans l'intérêt du mineur; aussi quand il se présente pour contracter au nom de celui-ci, quelque soit l'acte en cause, la convention à laquelle il intervient à toujours une réalité

1. Cf. Buchère, *loc. cit.* § 20. Dal. v° obligat. n° 2894.

Digitized by Google

actuelle, elle existe, sauf pour le mineur seul le droit de l'attaquer, de la détruire, au cas où il prouverait que les garanties exigées dans son intérêt n'ont pas été prises. Aussi, était-il nécessaire de donner au mineur, et même à son représentant légal, quoi qu'ayant été celui-ci du moins partie à l'acte, une action en nullité pour le faire tomber avec toutes ses conséquences ; de même il convenait d'indiquer pendant combien de temps les tiers intéressés au maintien de l'acte annulable pourraient être exposés à cette action, et il importait à leur égard de le consolider au plus vite, et de faire cesser leurs incertitudes, de là, la prescription abrégée de l'article 1304. Ces différences profondes par rapport à la nature même de l'acte irrégulier, suivant qu'il est accompli par le mandataire conventionnel ou par le tuteur, conduisent à d'autres dissemblances au point de vue des fins de non recevoir, qui peuvent être opposées à celui qui invoque la nullité de l'acte. Au mandant on peut opposer la ratification, au mineur la confirmation. Le caractère de la première est d'être en quelque sorte une interprétation, faite par celui qui les lui a conférés, des pouvoirs du mandataire ; la seconde est une simple renonciation au droit d'intenter l'action en nullité. Nous avons, à propos du mandat, fait une première allusion à la distinction qui doit être faite entre ces deux actes trop souvent confondus, par les textes eux-mêmes (cf. civ. 1338), et à l'intérêt pratique qui s'y trouve engagé. Nous devons maintenant insister davantage, sur la confirmation des actes irréguliers opérés par le tuteur, et en général sur les fins de non recevoir qui pourront être opposées au pupille en raison de cet acte annulable.

215. — Il en est une première, qui n'est pas à proprement une confirmation, et qui pourtant enlève au mineur le droit qui lui appartenait d'invoquer la nullité ; elle se rencontre lorsque les formalités dont le défaut vicie l'acte, se trouvent avoir été remplies après coup. On pourrait hésiter sur la légitimité d'une homologation postérieure à l'acte intervenu ; on s'autoriserait de certaines analogies, comme celle de l'autorisation maritale, où la nullité une fois acquise se trouve l'être définitivement, de l'avis du moins d'un grand nombre d'auteurs, au profit de tous les intéressés. Cependant on a fait remarquer avec raison, au cas qui nous occupe, que l'acte irrégulier n'ouvre pas deux actions en nullité au profit de deux intérêts distincts ; mais qu'un intérêt seul est en jeu, celui du mineur et que les autorités appelées à donner leur autorisation après coup sont précisément celles qui ont mission de veiller par tous les moyens en leur pouvoir à l'accomplissement de tout ce que cet intérêt exige ; s'il réclame par conséquent le maintien de l'acte irrégulier, pourquoi les autorités qui étaient chargées d'en apprécier l'utilité ne pourraient-elle pas en quelque

Digitized by Google

sorte le confirmer après sa réalisation, c'est-à-dire lorsqu'elles sont plus à même d'en apprécier les résultats (1)?

Lorsque la pupille arrive à sa majorité sans que cette autorisation tardive soit intervenue, lui seul peut désormais donner à l'acte vicié la stabilité qui lui manque, et cela par la confirmation. Celle-ci peut être expresse ou tacite ; à la différence de la ratification, elle doit, lorsqu'elle est expresse, indiquer le vice qu'elle a pour objet d'effacer et l'intention formelle de le réparer (art. 1338). Lorsqu'elle est tacite elle peut s'induire de tous les faits d'exécution suffisante pour démontrer également et la connaissance du motif de l'action en nullité et la volonté d'en abandonner l'exercice. Ce sont là des questions de fait dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer ; il nous reste seulement à parler des effets de la confirmation intervenue ; l'article 1338 indique qu'elle emporte rétroactivité, sans préjudice toutefois du droit des tiers. Ce qui veut dire que l'acte entre les parties est censé avoir été valablement existant du jour même où il a été réalisé, mais qu'il ne saurait porter atteinte aux droits réels conférés par celui-même qui avait droit d'invoquer la nullité de l'acte ou d'y renoncer. Le mineur devenu majeur, en disposant par exemple du bien irrégulièrement vendu, invoque par le fait même la nullité de l'aliénation et permet à son ayant-cause de s'en prévaloir en son nom. Il n'est donc plus libre à l'égard de ce dernier de revenir sur l'option qu'il a faite et sur les conséquences par lui tirées de la nullité de l'acte irrégulier ; à l'égard de celui-ci il s'est interdit toute confirmation qui puisse lui nuire, Ce système, à l'égard du mineur, a cependant été autrefois mis en doute, ou du moins soumis à certaines distinctions, dont l'une entre autres avait pour conséquence de distinguer, comme à propos de la prescription de dix ans, entre l'acte accompli par l'incapable et l'acte irrégulier de son tuteur. On ne voulait admettre cette atteinte aux effets ordinaires de la rétroactivité que si l'acte confirmé était entaché de nullité absolue ; en pareil cas seulement, disait-on, tous les intéressés ont le droit de se prévaloir des conséquences de l'acte nul, et le mineur ne peut leur enlever le bénéfice d'une nullité qui leur est définitivement acquise ; cette distinction posée, on s'engageait dans une suite nouvelle de propositions erronées, prétendant que le tuteur, aliénant sans les formes, avait vendu la chose d'autrui et par suite donné lieu à une nullité absolue dont les tiers avaient le droit de se prévaloir à l'encontre de toute renonciation du pupille ; que celui-ci au contraire, si la vente émanait de lui, pouvait invoquer un nullité relative qui n'appartenait qu'à lui seul et dont ses propres ayants-cause ne pouvaient avoir le bénéfice de leur

1. Demol. Minor. I, n° 749. Dal. V° *Obligat.*, n° 4482.

Digitized by Google

chef (1). La base de cette distinction est faussse, nous le montrerons : mais fut-elle juste, que l'application qui en avait été faite par la Cour de Metz eut été complètement inexacte. Non certainement le tuteur, qui a aliéné sans les formes un bien du pupille, n'est pas assimilable au vendeur de la chose d'autrui ; il est encore même ici le représentant du mineur et l'acte auquel il a prêté son concours a le même caractère que s'il était émané du pupille lui-même ; dans les deux cas il serait entaché de la même cause d'irrégularité ; dans les deux cas il ne peut être question que de nullité relative (2). Cette remarque faite, il est absolument faux de prétendre que dans ce dernier cas la confirmation puisse rétroagir même à l'encontre des tiers qui tiennent leurs droits du pupille devenu majeur. Cette distinction est basée sur une fausse qualification des diverses nullités susceptibles de confirmation ; il en est sans doute qui peuvent être invoquées par plusieurs intéressés et faire l'objet de la part de chacun d'eux d'une renonciation distincte, il en est d'autres qui n'appartiennent qu'à un seul ; elles n'en sont pas moins toutes, au point de vue qui nous occupe. des nullités relatives, c'est-à-dire qui supposent un acte existant. Celles que l'on doit appeler absolues, ce sont celles seulement qui se confondent avec l'inexistence elle-même. De pareilles nullités échappent complétement à l'application de l'article 1338, ce dernier en réservant le droits des tiers n'a donc pu faire allusions qu'aux nullités relatives en général sans distinction d'aucune sorte. C'est qu'en effet si les tiers ayants-cause du mineur ne peuvent pas de leur chef invoquer la nullité de l'acte d'où dépend la consolidation du droit qui leur a été conféré, ils peuvent au moins opposer la nullité qui a été invoquée en leur faveur par le pupille lui-même depuis sa majorité ; or la vente faite par celui-ci d'un bien irrégulièrement aliéné emporte reconnaissance de sa part de la nullité même de l'aliénation et c'est après lui et en son nom que le second acquéreur s'en prévaut. Ainsi donc si le tuteur cède irrégulièrement une valeur mobilière du pupille, et que celui-ci devenu majeur la vende à un nouvel acquéreur, il ne pourra pas, en confirmant la première vente, se dégager envers ce dernier et faire tomber ainsi le droit du second cessionnaire (3). Cette première distinction rejetée dans sa généralité, on a voulu la réduire à un seul cas d'application, celui où il s'agirait d'une constitution d'hypothéque. La coexistence, en matière de vente, des droits simultanés des deux acquéreurs étant en elle-même contradictoire, on admit volontiers que le

1. Cf. Laurent, tom. 18, n° 660 à 663. Merlin : V° hypothèque, § IV, n° 2, 6 et 7. Toullier, t. IV, 2, n° 523. Metz, 2 avril 1824 (D. al. V° *Obligat.*, n° 4557).
2. Dal. V° *Obligat.*, n° 4557.
3. Laurent, *loc. cit.*, 18, 660 à 663.

Digitized by Google

pupille en aliénant une seconde fois s'engageait par la même à invoquer la nullité de la première vente ou cession.

Il n'en est plus de même en matière d'hypothèque; la constitution par lui conclue, postérieurement à une précédente entachée de nullité, n'implique en rien l'intention de substituer l'inscription nouvelle à la première ; mais celle au contraire de la réduire au second rang seulement, au cas où celle-ci demeurerait valable (1). En généralisant cette solution, il ne serait pas impossible de lui trouver quelque application en notre matière ; il suffit qu'il s'agisse de deux actes dont la coexistence n'implique pas contradiction. Le tuteur par exemple a consenti une cession d'hypothèque pour garantie d'une créance égale au tiers de la créance du pupille; ce dernier devenu majeur conclut une semblable cession pour une créance de même valeur ; si plus tard il confirme l'acte du tuteur supposé irrégulier, les partisans de cette opinion règleront ainsi les droits respectifs des parties : le premier cessionnaire invoquera pour un tiers l'hypothèque du pupille, le second ne viendra qu'après et le pupille en troisième lieu. A notre avis l'ordre a été interverti entre les deux cessionnaires, et celui qui tient son droit du pupille lui-même doit passer le premier. Il est faux en effet de prétendre que celui-ci ait entendu ne lui donner qu'éventuellement le rang privilégié ; à défaut de déclaration expresse, la présomption est qu'il a dû lui conférer tous ses pouvoirs ; or il aurait lui-même, en invoquant la nullité de la première cession, le droit de primer entièrement le tiers qui a traité avec le tuteur; c'est ce droit dont il est censé faire bénéficier le créancier à qui il cède lui-même son rang hypothécaire (2). Il nous semble arbitraire de faire exception en pareil cas à la généralité d'application de l'article 1338, et nous croyons sans distinction possible que la confirmation ne pourra jamais nuire à aucun des tiers qui tiennent leurs droits du pupille devenu capable.

216. — Les conditions que nous avons précédemment étudiées sont prescrites à peine de nullité ; nous avons décrit en dernier lieu le caractère et les effets de cette nullité. Mais il en est d'autres dont l'inexécution n'engage que la seule responsabilité du tuteur ; en ce sens que s'il n'y satisfait pas, la vente ne pourra être annulée de ce chef. Les conditions auxquelles nous faisons allusion constituent une véritable innovation dans notre régime tutélaire. Jusque là nous avons vu le rôle du conseil de famille fort restreint; dépourvu de toute initiative, il n'intervient que lorsqu'il est convoqué et pour sanctionner les actes qu'on lui propose, mais sans qu'il ait lui-même aucun droit de présentation. La loi a fort heureusement etendu ses pouvoirs

1. Cf. Laurent t. 18 n° 664 et suiv.
2. Cf. D. 56, 1. 385 et la note.

Digitized by Google

en la matière qu'elle régit ; il est vrai qu'elle a peut-être négligé d'indiquer d'une façon précise quelle sera la sanction dont ils seront accompagnés. Quoi qu'il en soit, elle ne se contente pas, comme le code en matière de vente immobilière, de soumettre à l'autorisation du conseil de famille la vente des valeurs et autres droits incorporels, elle donne au conseil le droit de prendre lui-même l'initiative des conditions subsidiaires de la vente. Les principales seront relatives à l'emploi du prix d'aliénation. De droit commun et d'après le Code civil le tuteur a toute liberté pour placer les fonds pupillaires ; non seulement l'autorisation du conseil de famille n'est pas nécessaire pour la validité de l'emploi, mais celui-ci ne pourrait pas de sa propre initiative imposer un placement au tuteur ; la règle est en effet qu'il ne peut, en dehors des cas où son autorisation est légalement requise, s'immiscer dans les affaires du pupille et il en est de même du tribunal (1). Cependant lorsqu'il s'agit de capitaux provenant de l'aliénation des immeubles, il est certain que le conseil à qui la vente est soumise pose le plus souvent ses conditions et n'accorde son autorisation que sur l'engagement pris par le tuteur de les observer. Sans doute les mesures qu'il prescrit en pareille matière dépassant en quelque sorte sa compétence, elles ne peuvent jamais équivaloir à un ordre qui s'impose et dont les conséquences puissent avoir d'autre effet que d'engager la responsabilité du tuteur qui se trouverait y avoir contrevenu. En matière d'aliénation des valeurs mobilières, la loi nouvelle lui donne au contraire pour mission de régler l'emploi du prix ; les conditions qu'il impose sont d'une nature strictement impérative, et cependant la sanction édictée en cas d'inobservation semble bien n'être encore qu'une simple question de responsabilité ; nous aurons donc à rechercher en quoi les mesures prises par le conseil de famille en vertu de la loi nouvelle diffèrent de celles qu'il pourrait imposer de son propre chef et sans mission légale en matière de vente immobilière. La même question devra se poser quant au rôle du tribunal en cette matière. S'il s'agit d'emploi indiqué au sujet d'aliénation d'immeuble, il a toute liberté pour modifier le placement qui est proposé ; en sera-t-il encore de même au cas où la désignation de l'emploi rentre dans les pouvoirs spéciaux du conseil de famille ?

217. — Ce que l'on doit d'abord poser en principe c'est que le conseil de famille est entièrement juge de l'emploi du prix, et garde à cet égard la plus entière liberté. On avait d'abord songé à restreindre ses pouvoirs, on voulait en règle générale limiter son choix à certains placements déterminés. Le code avait établi un précédent en matière de substitution (1066). Cependant on reconnut avec raison que l'assimilation eût été inexacte et les

1. Cf. Cass. 24 févr. 1879, D. 79, 1, 157 et la note.

Digitized by Google

restrictions proposées fort gênantes, souvent même préjudiciables aux intérêts du mineur. Pour les enfants appelés à recueillir les biens substitués, on peut en effet considérer les biens legués comme une valeur abstraite qui doit leur être garantie dans son intégrité pour leur être un jour restituée ; il ne s'agit pas de leur propre patrimoine, mais d'une succession future. Ici au contraire on touchait au patrimoine du mineur, non plus envisagé comme une quotité, mais considéré dans sa composition concrète et au point de vue des nécessités d'avenir du mineur lui-même. Les variétés de placement peuvent dès lors être infinies ; tantôt il devra être fait à long terme, dans le cas où le mineur est fort jeune et peut sans inconvénient immobiliser ses capitaux ; tantôt il est bon de lui garder ses fonds disponibles à courte échéance ; il approche de sa majorité, il en aura besoin promptement pour s'établir ; suivant la fonction qu'il doit choisir, les immeubles peuvent être pour lui un avantage ou une gêne. Souvent même il peut être préférable qu'il prenne telle action industrielle plutôt que des rentes sur l'Etat ; il est avantageux, s'il s'agit d'une entreprise solide, qu'il puisse jouir du droit de préemption accordé aux anciens actionnaires. On ne pouvait donc dans l'espèce imposer aucune sorte de placement. Le conseil jouit à ce sujet d'une complète indépendance. Reste à voir en quoi le droit nouveau qu'on lui donne diffère de la faculté qu'il a toujours eue de régler les conditions de la vente.

218. — Il ne suffit pas en effet de dire que désormais l'emploi n'est plus laissé à l'entière discrétion du tuteur, qu'il lui est légalement imposé ; il faut encore savoir au juste où doit conduire cette formule. On aurait pu être tenté de croire qu'une première conséquence de l'innovation de la loi eût été de faire de l'emploi une condition de validité de l'aliénation. Il en est ainsi au cas de vente des immeubles dotaux ; celle-ci n'est parfaite qu'autant que le prix a été légitimement employé. Les tiers sont donc responsables des deniers qu'ils donnent en paiement et ils doivent en surveiller le placement. En notre matière ces exigences eussent entravé la marche des affaires ; si les tiers, les agents de change, et les compagnies dont les titres avaient été régulièrement aliénés avaient dû être responsables de l'emploi, le crédit du mineur se fût trouvé atteint. L'acquéreur d'un immeuble, en rapport direct avec le vendeur, et d'ordinaire jouissant de facilités et de délais pour le paiement, peut avant de livrer les deniers s'assurer de l'emploi qui leur est destiné ; de pareilles obligations ne pouvaient être imposées à l'agent chargé du transfert, à la Société émissionnaire le plus souvent éloignée, et n'ayant aucune relation directe avec le vendeur du titre aliéné. C'eût été encore ajouter de nouvelles lenteurs à celles que nous reprochions à la loi, ou du moins inquiéter les tiers et par conséquent éloigner du mineur les contractants honnêtes et sérieux. Le rapporteur a formellement déclaré que les me-

Digitized by Google

sures prescrites par le conseil ne seraient pas une condition de validité de la vente et que les tiers ne devraient jamais être déclarés responsables de l'emploi (1). Cette sanction faisant défaut, il peut paraître fort insuffisant de ne compter que sur la responsabilité du tuteur, d'autant plus que cette ressource précaire ne saurait constituer une innovation sur l'état antérieur. La loi a cependant eu la prétention de créer une garantie spéciale destinée à assurer l'accomplissement des mesures prises par le conseil de famille en matière d'emploi ; nous verrons en effet qu'elle donne au subrogé-tuteur le droit de s'immiscer à ce sujet dans les opérations préparées et conclues par le tuteur ; que le subrogé-tuteur pourra exiger de lui certaines vérifications que d'après le Code civil il n'aurait pas été en droit de lui demander ; que s'il prévoit une infraction aux dispositions prises par le conseil de famille, il peut convoquer celui-ci en réunion extraordinaire à l'effet de prendre des mesures préventives contre les intentions rebelles du tuteur; qu'enfin s'il est trop tard, si l'emploi a été réalisé contrairement aux indications données, il peut demander de ce chef, s'il y a parti pris déloyal de la part du tuteur, la destitution de celui-ci. Ce dernier moyen a toujours été à la portée du subrogé-tuteur ; tout ce que l'on peut dire, c'est qu'autrefois il eût peut-être été plus difficilement admis sur le seul fondement d'emploi contraire aux ordres donnés ; mais il n'en constitue pas moins une ressource suprême à laquelle on ne se résoudra que fort rarement et en cas de récidive : L'ingérence du subrogé-tuteur en matière d'emploi, et la destitution du tuteur rendue plus facile de ce chef, telle serait donc toute la portée pratique de l'autorité nouvelle conférée en cette matière au conseil de famille ; il a paru toutefois malaisé de s'en tenir à un résultat de si mince importance et l'on s'est demandé si l'on ne pouvait y adjoindre d'autres conséquences juridiques susceptibles de mieux en caractériser la portée.

219. — Il a semblé que l'une d'elles pourrait être, quand la décision doit être homologuée, de restreindre le pouvoir généralement reconnu au tribunal de modifier l'emploi qui lui est soumis. On aurait pu dire avec assez de logique que l'emploi étant en pareil cas un acte qui doive nécessairement être autorisé par le conseil de famille, il perd par le même fait son caractère de mesure accessoire, qu'il devient un acte principal exigeant à lui seul le concours de deux approbations distinctes. Celle du tribunal seule est insuffisante ; celui-ci, dirait-on, ne peut pas plus imposer de sa seule autorité un emploi différent du placement indiqué qu'il ne serait en droit de prescrire l'aliénation d'une valeur autre que celle qui lui est soumise ; sinon l'acte manquerait de la première condition nécessaire à sa validité, l'autorisation

1. 1er rap. de M. Denorm. (J. O, 7 mai 1878).

Digitized by Google

du conseil de famille. Nous n'admettrons pas ce raisonnement qui conduirait en pratique aux conséquences les plus fâcheuses, puisque le tribunal désormais obligé d'accepter la vente avec toutes ses conséquences ou de refuser l'homologation, pourrait souvent s'opposer à une aliénation utile en elle-même mais dont les suites seules paraissent désavantageuses. Rien dans la loi nouvelle n'indique qu'on ait voulu changer la pratique ordinaire de la Chambre du conseil et restreindre ses pouvoirs; le texte n'a pas cette portée. Seulement nous serions disposés au cas de modification par le tribunal de l'emploi qui lui avait été soumis, d'admettre le recours des membres du conseil de famille en vertu de l'article 883 Pr. civ. alors même que la décision eût été prise à l'unanimité, puisqu'il aurait pour but, de la part de ces derniers, de faire respecter leur décision dans son intégrité et non plus de l'infirmer; c'est en ce sens que les mesures relatives à l'emploi prennent en quelque sorte le caractère de dispositions distinctes et principales. Cette solution nous paraît d'autant plus admissible que la prohibition de l'appel laisserait en pareil cas le conseil de famille absolument désarmé, et dénué, à l'encontre de tous les principes, du droit de soumettre sa décision au jugement d'une autorité supérieure. Enfin nous conclurions de la disposition formelle de la loi nouvelle que l'emploi fait par le tuteur au mépris des prescriptions du conseil de famille ne saurait être imposé au pupille (1); que l'acquisition faite pourrait être résolue au cas où les tiers vendeurs auraient connu l'origine et la destination des deniers et que dans le cas contraire elle resterait pour le compte du tuteur. En résumé les conditions mises par le conseil de famille à la vente des valeurs ne changent pas les pouvoirs antérieurs du tribunal chargé de l'homologation, et n'ont pas d'effet contre les tiers acquéreurs; elles peuvent en avoir exceptionnellement contre ceux qui ont participé à l'emploi du prix; elles engagent toujours la responsabilité du tuteur, ce qui est de droit commun, mais elles peuvent suffire à motiver la destitution rendue plus facile de ce chef; enfin elles permettent de lui laisser pour compte les acquisitions, faites au mépris des dispositions prises par le conseil de famille, et qui paraîtraient désavantageuses au pupille. Nous aurons à nous demander, en étudiant les cas d'application de la loi nouvelle, si ces exigences du conseil de famille peuvent encore être imposées au tuteur qui se trouve être le père ou la mère ayant l'usufruit légal.

Art. 2. — Champ d'application des formalités de la loi de 1880.

220. — L'article 1 est conçu dans des termes qui ne laissent aucun

1. Aubry et Rau, t. I, § 113, n° 7, p. 459.

Digitized by Google

doute sur la généralité d'application de la loi nouvelle. Les formalités qu'elle édicte s'appliquent à toutes les valeurs et droits incorporels quelconques, dans tous les cas et sous toutes les tutelles, pourvu qu'il s'agisse d'un acte d'aliénation. C'est ainsi entre autres que l'autorisation du conseil de famille sera nécessaire même pour retirer un solde de la caisse d'épargne de 30, 20 fr. (1). C'est ainsi qu'un tuteur qui trouvera dans les biens du mineur un titre de bourse déprécié, le transcontinental par exemple coté 45 fr., ou le Nord-Est Espagnol de 44 fr., sera tenu de se faire autoriser. Et cependant malgré le caractère absolu de cette disposition, il ne s'en suit pas moins que, si nous ne pouvons admettre aucune distinction de droit, des difficultés assez nombreuses s'élèvent en fait sur la portée de la loi et ses applications, nous les grouperons sous deux chefs principaux. Les uns, en effet, ont droit, soit à la nature du titre aliéné, soit à sa situation juridique dans le patrimoine du pupille ; les autres se réfèrent au caractère mixte de l'acte par lequel le tuteur dispose du titre ou des valeurs. Ainsi nous les étudierons soit au point de vue du titre lui-même, abstraction faite de l'acte de disposition auquel il peut être soumis ; soit au point de vue des divers actes d'aliénation, dont le caractère peut être douteux, et cela indépendamment de toute question relative au titre lui-même.

221. — Outre ces deux distinctions, basées en quelque sorte sur des circonstances de fait, on aurait compris en droit qu'il s'en élevât une troisième relative à la qualité du tuteur. Ce fut en effet une question fort agitée devant les deux chambres de savoir si l'on soumettrait le père ou la mère tuteurs légaux aux entraves de la loi. On craignait de porter atteinte à l'autorité dont ils sont dépositaires en soumettant leurs actes en une matière si délicate et souvent relative à des intérêts si personnels, au double contrôle du conseil de famille et de la justice ; on craignait de laisser planer des doutes sur la confiance légitime que la loi doit avoir dans l'affection des père et mère, et même de nuire au mineur en le soustrayant à son protecteur naturel pour faire prévaloir l'autorité de parents éloignés, peut être de simples amis, étrangers aux affaires de la famille, et à coup sûr moins bien informés que le père ou la mère des véritables intérêts de l'enfant. Il paraissait rigoureux surtout de soumettre le père à ces entraves jalouses et défiantes relativement à une fortune qui, vu son caractère mobilier, provenait d'ordinaire de la communauté et le plus souvent avait été gagnée, amassée, conservée par le père seul en vue de ses enfants. Le rapporteur avait beau alléguer que le tuteur légal était un tuteur imposé et par suite pouvait se trouver inhabile ou négligent de sa nature, que le tuteur datif était au contraire

1. Cf. Audier. *Rev. prat.*, an. 1880 et 1881.

Digitized by Google

choisi en raison de ses qualités d'administrateur ; on lui répondait que la pratique des conseils de famille était de conférer la tutelle au parent le plus proche sans autre considération, chacun se refusant à ce fardeau, et que par suite, le tuteur datif n'offrait pas plus de garantie au point-de vue de l'habileté et moins à celui de l'affection ; que d'ailleurs le conseil de famille par l'éloignement de ses membres et son ignorance des affaires du pupille, était beaucoup moins apte que le tuteur à juger de l'opportunité d'un acte de gestion, que son autorisation était beaucoup moins exigée pour suppléer au tuteur malhabile, que pour déjouer les vues du tuteur malhonnête, désireux de vendre en secret pour se procurer des fonds, et qu'imposer dans ce but au père ou à la mère une telle surveillance, c'était faire ratifier par la loi un soupçon injurieux et tout au moins fort déplacé (1). Deux amendements furent déposées dans cet ordre d'idées, l'un par M. de Gavardie au Sénat, et l'autre devant la Chambre des députés. Ces propositions inspirées par les motifs les plus respectables avaient un grand tort, celui d'introduire partiellement et à propos d'un acte isolé une disposition qui se trouvait être en opposition formelle avec le principe qui domine notre système tutélaire. Nulle part, en effet, le Code civil ne fait de distinction suivant la qualité des tuteurs. Pour tous les actes importants, le tuteur légal, père ou mère, est soumis aux mêmes entraves et aux mêmes obligations que le tuteur datif. Pour l'aliénation des immeubles, l'emprunt, l'hypothèque, il doit subir le double contrôle de la famille et de la justice ; pour les actions à poursuivre, la décision à prendre à l'égard des successions qui s'ouvrent au profit de l'enfant, les partages, etc., il doit demander l'autorisation du conseil de famille. Lui faire à propos de l'aliénation des valeurs mobilières, une position privilégiée, eut été la condamnation implicite de l'ensemble de notre système tutélaire; c'eut été introduire dans l'ensemble de la matière une discordance injustifiée. Sans doute on a bien tenté de signaler les différences qui existent entre l'acte dont s'occupait la loi nouvelle et les autres actes de disposition. Ces différences, nous les avons plusieurs fois décrites : on a montré l'infinie variété des motifs qui pouvaient exiger la vente, la délicatesse d'appréciation nécessaire en pareil cas, le caractère personnel de la décision: on a dit que le plus souvent en cette matière on raisonnait sur des chances et des probabilités, dont les étrangers seraient mauvais juges. De toutes ces raisons cependant on n'avait tenu aucun compte lorsqu'on les invoqua pour écarter la nécessité de l'homologation, il eut été illogique de s'en servir pour faire au tuteur légal une situation plus indépendante. La vérité est que

1. Cf. Berthélemy. *De l'aliénation des meubles par les administrateurs* 1882, n° 65 et suiv. p. 47.

Digitized by Google

notre Code semble se défier, d'une façon peut être exagérée, de l'administration du père ou de la mère après la dissolution du mariage arrivé par la mort de l'un d'eux. Le contrôle et la surveillance que la loi trouvait dans la présence des deux époux n'existe plus; en même temps que ce contrôle réciproque a disparu, naît entre le survivant et ses enfants mineurs une opposition d'intérêts réelle ; l'enfant est l'héritier légitime du défunt, le survivant sera la plupart du temps son légataire pour la portion disponible ; entre eux s'établira presque toujours le réglement et le partage de la communauté dissoute ; enfin le tuteur légal est en même temps l'usufruitier des biens laissés à ses enfants, on comprend que la composition du patrimoine l'intéresse au plus haut point et l'on a pu craindre qu'il ne cherche à la modifier dans le sens du plus fort rendement actuel et non dans celui des intérêts d'avenir de ses enfants. Ces motifs que la loi ne prononce que tout bas, tellement elle craint, et cela avec raison, de porter atteinte au respect dû au père de famille, ne sont pas cependant sans avoir inspiré l'assimilation faite par le Code entre la tutelle légale et la tutelle dative. D'ailleurs le père même le plus affectionné peut être un mauvais administrateur; et, comme la mère a disparu, il est naturel que les représentants de la branche maternelle viennent à sa place exercer le rôle de surveillance et de protection qui lui appartenait. Les amendements proposés dans ce sens ont donc été repoussés et nous n'avons d'autres distinctions à faire que celles dont nous avons indiqué la base (1).

222. — 1° *Difficultés relatives au caractère même du titre aliéné.* — Nous pouvous supposer d'abord qu'il s'agisse de titres au porteur. Le cas assurément sera rare. Car nous verrons que la loi en prohibe l'existence dans le patrimoine pupillaire, et prescrit la conversion en titres nominatifs de ceux qui s'y trouvent. Le conseil de famille peut sans doute soustraire certains titres à la conversion; s'il le fait ce sera toujours en vue d'une aliénation prochaine, par le fait même il aura autorisé la vente et la première formalité imposée par la loi aura ainsi été remplie. Il n'est pourtant pas impossible de supposer des titres au porteur se trouvant à libre disposition du tuteur. Cela pourrra se présenter surtout à l'ouverture d'une succession avant qu'il ait été procédé à l'inventaire. En principe la forme du titre ne change rien aux dispositions de la loi ; le tuteur aura rempli les formalités qu'elle édicte, aussi bien pour les négociations de titres au porteur que pour le transfert des titres nominatifs. Ceci est le principe, ceci est la loi. En fait il pourra en être tout autrement. Le tuteur qui aura en sa possession des titres au porteur pourra en disposer librement sans que le plus souvent

1. Cf. 1er Rap. de M. Denormandie. V. Duvergier. col. des lois, an. 1880 p. 49 en note.

Digitized by Google

aucun obstacle ne vienne le rappeler aux exigences de la loi : celle-ci sera éludée. A coup sûr, s'il se présente comme tuteur, et qu'il puisse trouver, ce qui est presque invraisemblable, un agent de change qui veuille se prêter à la négociation, celui-ci sera responsable de l'irrégularité commise ; mais le tiers à qui l'agent de change aura livré les titres en sera possesseur incommutable ; l'article 2279 le protège. D'ailleurs la loi elle-même en pareil cas lui défend de s'enquérir de l'origine des titres qu'on lui remet ; son vendeur est un être impersonnel représenté par l'agent de change qui lui sert d'intermédiaire. Mais le plus souvent, le pupille n'aura aucun recours possible contre l'agent de change lui-même ; car le tuteur, pour ne pas inspirer de défiance, n'aura pas manqué de présenter les titres comme siens et en pareil cas l'agent requis n'a pas à vérifier ses assertions ; sa responsabilité est à couvert. Il en serait à peu près de même des tiers à qui les titres auraient été vendus de la main à la main ; cette vente est prohibée lorsqu'il s'agit de valeurs appartenant au pupille ; la loi exige toujours qu'elle ait lieu à la Bourse. Mais le tiers à qui le tuteur aura présenté le titre comme lui appartenant sera mis à couvert par l'article 2279. S'il s'était présenté comme tuteur, nous appliquerions la décision donnée à propos du mandataire conventionnel, et permettrions au pupille de faire annuler la vente, lors même que de bonne foi le tiers acquéreur aurait pu croire l'acte permis, et cela bien entendu à condition que les titres soient encore en la possession de ce dernier. Ces principes pourront recevoir leur application relativement aux créanciers du pupille ; le tuteur qui a pouvoir de payer les dettes, n'a pas le droit d'employer à ce paiement les titres au porteur qui appartiennent au mineur, et les créanciers qui les recevraient à ce titre pourraient donc se voir évincés des valeurs au porteur trouvées en leur possession, sans qu'il y ait eu application des formalités de la loi. Mais en serait-il de même des coupons au porteur ? Nous ne le croyons pas, car ces coupons représentent non plus un capital, mais un revenu dont le tuteur a la libre disposition au point de vue de l'emploi. Il pourra donc les céder en paiement des dettes du mineur (1).

223. — A ces derniers titres destinés par leur nature même à être aliénés, nous avons assimilé en traitant des pouvoirs du mandataire certaines valeurs dont nous lui permettions la négociation en vertu du caractère même qui les distinguait. Devrons-nous à propos du tuteur appliquer la même théorie et nous demander s'il n'est pas certains titres, compris dans l'hérédité qui échoit au pupille, qui se présentent comme des valeurs de spéculation destinées à être vendues, et dont l'aliénation rentre ainsi parmi les actes

1. Cf. Buchère, valeur mob. § 793.

Digitized by Google

d'administration permis au tuteur sans autre formalité? Nous repondrons non, sans hésiter. L'administration tutélaire se présente sous un caractère bien différent de celle du mandataire conventionnel : ce dernier est obligé avant tout de respecter la volonté de son mandant, et c'est cette intention même dont nous cherchions la trace dans la nature et l'origine des titres confiés à l'administrateur. D'ailleurs celui-ci ne peut recourir à aucune autorité chargée de sanctionner les actes qui lui paraissent douteux; ces deux raisons suffisent à justifier la largeur d'interprétation dont nous avons cru devoir user. Pour le tuteur il n'y a plus d'administration à continuer d'après un système personnel ou spécial au propriétaire du patrimoine; il s'agit au contraire d'une administration nouvelle qui est à son début, des éléments d'un patrimoine qui se fonde et qui attend son légitime administrateur : c'est pour le conserver à celui-ci, que la loi a établi une gestion provisoire. Dès lors telle valeur qui dans l'intention du défunt était destinée à ne pas entrer dans son patrimoine, à être immédiatement revendue à la liquidation prochaine, peut au contraire former un placement avantageux pour le pupille qui la recueille. D'ailleurs le tuteur indécis a toujours la ressource de consulter le conseil de famille; et pour les titres auxquels nous faisons allusion, il ne manquera pas de le faire à la réunion qui suivra l'ouverture de la succession, il demandera alors et obtiendra le plus souvent l'autorisation de vendre les valeurs d'agio qui pourraient faire partie des biens héréditaires ou faire l'objet de marchés à terme conclus par le défunt. Enfin la loi nouvelle ne fait aucune distinction; et toutes celles que l'on pourrait proposer en ce sens, tendraient à l'arbitraire le plus absolu.

224. — Indépendamment de la nature du titre aliéné, des difficultés peuvent s'élever relativement à la situation juridique qui peut être faite à celui-ci dans le patrimoine du mineur, cela à raison des droits divers qui peuvent exister cumulativement à son sujet et modifier celui du pupille. Nous pouvons supposer d'abord que ce titre ait été l'objet d'un legs d'usufruit; cette circonstance aura-t-elle quelque influence au point de vue de l'application de la loi nouvelle? Evidemment non, s'il s'agit des conditions principales, exigées à peine de nullité.

Les créances et valeurs ne sont pas, au point de vue de l'usufruitier, des choses fongibles dont celui-ci acquière la propriété; il ne peut donc les céder ni les vendre (1), et n'a que le droit d'en poursuivre et toucher le remboursement, sous réserve toutefois de l'entière liberté qui lui est laissée quant à l'emploi des deniers qui en proviennent, et sur lesquels son droit, par suite de la destination naturelle du bien qui en était l'objet, se trouve transformé

1. Proudhon. *Droit d'usufruit, etc.* tom. 1. n° 122, tom. 3, n° 1054.

Digitized by Google

en un quasi usufruit (1). Il suit de là que n'ayant pas le pouvoir d'aliéner il ne peut s'opposer aux formalités prescrites pour l'aliénation ; mais cela n'est vrai qu'autant que celle-ci ne consacre pas une violation de son droit de jouissance. Or le nu-propriétaire ne peut aliéner le bien soumis à l'usufruit que sous réserve de n'en pas changer la substance et à la condition que le mode de jouissance ne s'en trouvera pas modifié ; d'où il suit que le tuteur, assisté des différentes autorités dont la loi de 1880 lui impose le concours, ne pourra, sans le consentement de l'usufruitier, que céder et transférer la nue-propriété qui appartient au pupille ; c'est dire que la négociation ne saurait que très difficilement avoir lieu à la Bourse et devra être faite par acte notarié, suivi d'une signification au siège de la société ; ce mode de vente, autorisé en pareil cas par le conseil de famille, ne serait en rien contraire à l'article 3 qui réserve expressément l'hypothèse où les valeurs ne pourraient être facilement négociées à la Bourse. S'il s'agissait de titres au porteur, on peut même dire que l'aliénation en serait rendue à peu près absolument impossible sans le double consentement de l'usufruitier et du tuteur dûment autorisé ; ces titres doivent en effet être laissés en possession de l'usufruitier, pour lui permettre d'en toucher les dividendes ; lui de son côté ne peut les vendre. car malgré leur impersonnalité, il n'est pas indifférent au nu-propriétaire de retrouver telle valeur plutôt que telle autre à l'extinction du droit d'usufruit ; et pour assurer la conservation des titres, le notaire n'aura pas manqué d'en relever les numéros à l'inventaire ; mais le tuteur de son côté ne peut que fort difficilement, si l'usufruitier refuse de s'y prêter, céder la nue-propriété d'un titre dont le possesseur a droit de ne pas se dessaisir (2). Cet accord des deux ayants-droit sera donc nécessaire, même pour l'aliénation partielle, s'il s'agit de valeurs au porteur, tout au moins pour l'aliénation totale, s'il est question de titres nominatifs ; supposons qu'il existe. De ce que l'usufruitier aura consenti à la vente lorsqu'il aurait pu s'y opposer, nous ne devons certes pas en conclure que les formalités principales de la loi de 1880 pourront être éludées ; mais en sera-t-il de même des mesures que le conseil de famille est en droit de prescrire pour l'emploi du prix ? Nous nous heurtons cette fois au droit incontestable qui appartient à l'usufruitier de faire emploi des deniers et capitaux disponibles ; il n'y a même pas sur ce point à faire intervenir l'article 6 de la loi qui prescrit certaines mesures relatives au placement des deniers pupillaires ; cette disposition qui a pour objet unique de restreindre la liberté du tuteur ne saurait porter atteinte aux droits des tiers ; et d'ailleurs il est une raison

1. Proudhon, *loc. cit.* t. 3, n° 1030, 1045. Buchère, *Val. mob.* n° 394.
2. Buchère, *Val. mob.* n° 396 et 777.

Digitized by Google

dominante en cette matière ; l'usufruitier qui pouvait s'opposer à la vente de la pleine propriété, a été libre de mettre à son autorisation telle condition compatible avec les prérogatives que lui donne son droit de jouissance ; il a pu ne l'accorder qu'en vue de tel placement par lui désigné, si bien que ce sera le conseil de famille, qui, s'il adhère à l'aliénation, devra suivre les indications de l'usufruitier plutôt que celui-ci se soumettre à l'emploi fixé par la famille et le tuteur.

225. — Il est un cas cependant où ces principes pourront se trouver modifiés, c'est lorsque l'usufruitier sera en même temps le tuteur lui-même, situation assurément très fréquente dans notre droit, puisque de tous les tuteurs les plus nombreux se trouvent être les père et mère et que la loi leur accorde en principe un droit d'usufruit légal sur tous les biens de leurs enfants mineurs âgés de moins de dix-huit ans. En pareil cas le consentement du tuteur implique celui de l'usufruitier. Il ne saurait s'élever aucun doute quant à l'application de la double formalité de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation judiciaire ; mais faudra-t-il dire, comme pour l'usufruitier ordinaire, que le tuteur pourra imposer au conseil un placement de son choix, ou plutôt employer à son gré les deniers provenant de la vente sans tenir compte des mesures prescrites par le conseil? La question est délicate, car il s'agit de savoir laquelle de ces deux qualités doit l'emporter ; aura-t-on égard seulement aux droits de l'usufruitier ou ne considérera-t-on que les obligations du tuteur? La question a été discutée au Sénat et résolue dans le sens de l'application absolue des formalités de la loi, lorsqu'il s'agit des deniers libres trouvés dans la succession ou de ceux qui proviennent du recouvrement des dettes ; il faut reconnaître toutefois que l'hypothèse où nous nous plaçons diffère et par les résultats que cette solution pourrait entraîner et par les considérations qui la justifient. Pour les capitaux provenant des successions, l'article 6 se contente d'imposer l'emploi et interdire l'achat de titres au porteur ; on est généralement d'accord pour convenir qu'il laisse au tuteur le droit de choisir le mode de placement et ne le soumet pas à l'intervention du conseil de famille ; on a pu se demander si celui-ci ne pourrait pas intervenir de sa propre initiative, ou du moins régler la question de l'emploi indirectement et comme corollaire d'une décision principale ; cette prétention fort discutable lorsqu'il s'agit du tuteur en général (1), ne saurait certainement pas être admise à l'égard du tuteur usufruitier légal (2). La seule atteinte aux droits de celui-ci consiste donc en pareil cas dans l'obligation vague et indéterminée de faire emploi dans un

1. Aubry et Rau, t. 1er, § 113, p. 457. Laurent, t. 5, n° 59. Demol. *Minor.* I, n° 408. Trib. Seine, 19 juill. 1864. D. 64, 3, 108.

2. Cass. 24 fév. 1879. D. 79, 1, 157.

Digitized by Google

délai donné. D'ailleurs on a pu faire remarquer à cette occasion que l'usufruit légal, portant moins sur chacun des biens en particulier que sur l'ensemble même du patrimoine, il ne pouvait s'exercer qu'une fois celui-ci constitué d'après le vœu de la loi (1).

Cette considération ne saurait plus être admise lorsqu'il s'agit des deniers provenant de l'aliénation des valeurs mobilières, et les résultats de l'assimilation aboutissent pour ce cas également à une violation plus manifeste des droits de l'usufruitier, puisque ce n'est plus seulement l'obligation de faire emploi, mais le mode d'emploi lui-même qui lui sera imposé en vertu de l'article 1. On ne peut plus dire en effet, pour l'aliénation qui intervient au cours de l'usufruit, qu'il s'agit cette fois de constituer le patrimoine sur lequel doit planer ce droit du père tuteur légal ; car il s'agit au contraire d'un bien qui faisait partie de cet ensemble, tel qu'il a été composé au début de la tutelle d'après les dispositions de la loi ; sur cet élément particulier, une fois le patrimoine moulé dans la forme definitive imposée par les textes, l'usufruitier devait exercer son droit dans sa plénitude et d'après les règles du droit commun : or de droit commun, personne ne peut l'obliger à vendre la pleine propriété, il a donc pu se réserver, en retour de l'aliénation à laquelle il consent, le droit au libre placement des capitaux reçus en charge. Nous ne saurions cependant admettre cette restriction aux pouvoirs que l'article 1 confère d'une façon générale, au cas d'aliénation, au conseil de famille. Il résulte de la discussion qui s'est élevée au Sénat au sujet de l'article 6 qu'on s'est défié surtout de la tendance, qu'aurait le père tuteur légal à placer sur lui-même, dans son industrie propre ou son commerce, les capitaux de ses enfants ; désir assurément fort naturel mais d'autant plus dangereux que le père considère le plus souvent le patrimoine échu au mineur comme s'il était encore le sien, en même temps qu'il regarde sa propre maison comme si déjà elle était au nom de ses enfants, et que, confondant ainsi leurs intérêts réciproques, facilement disposé à voir les uns et les autres sous le même jour trompeur et le mirage des mêmes illusions, il arrive à les entraîner tous les deux dans les mêmes périls et souvent aussi dans les mêmes désastres. Sous l'empire de ces préoccupations légitimes, le rapporteur insistait spécialement pour que dans ce cas surtout, quand le père, usufruitier ou non, voulait employer les deniers de ses enfants à ses propres affaires, il soumît cette décision au conseil de famille. D'ailleurs on peut dire que c'est le système du Code et surtout de la loi de 1880 de faire prédominer, à moins d'exception formelle, la qualité de tuteur sur celle d'usufruitier ; la préoccupation du Code civil à édicter en

1. M. Bufnoir à son cours.

Digitized by Google

faveur de l'usufruitier, des textes spéciaux et précis dans le seul but de consacrer des solutions pour lesquelles les principes généraux en matière d'usufruit auraient dû suffire, démontre clairement que ceux-ci, à défaut de texte, restaient toujours impuissants à faire échec à une obligation générale imposée au tuteur. La conclusion est donc que le père, en tant simplement qu'usufruitier légal, conserve l'ensemble de ses prérogatives; mais comme tuteur il se trouve soumis à des devoirs nouveaux devant lesquels ses droits eux-mêmes doivent céder. Le subrogé-tuteur devra donc, même en ce cas; veiller à ce qu'il suive les prescriptions du conseil de famille et s'opposer à tout placement qui leur serait contraire (1).

226. — Il est une autre circonstance qui avait appelé l'attention des législateurs ; c'est le cas où le père aurait non-seulement un droit d'usufruit sur les titres de son enfant, mais un droit de copropriété (2). Ceci se produira surtout par suite de la dissolution de la communauté ; il arrivera souvent que les droits auxquels le père sera cointéressé consisteront en participation ou intérêt dans son industrie ou son commerce, quelquefois en titre d'actions communes formant l'objet d'une spéculation commencée par le père de famille du vivant même des deux époux ; faudra-t'il donc entraver la négociation commencée, restreindre le droit de disposition qui lui est nécessaire en pareil cas pour la gestion de ses affaires commerciales ? Sera-t-il au contraire obligé de provoquer un partage immédiat et de se voir retirer les fonds dont il dispose ? Ici encore ces considérations n'ont pu prévaloir contre l'application de la loi. On a pensé que si ces intérêts existaient véritablement, le conseil de famille en serait juge ; et l'on s'en est remis à son appréciation du soin de concilier les deux intérêts en conflit. Cette question de la communauté d'intérêt doit être envisagée d'ailleurs à un point de vue plus général. Lorsque l'indivision existe entre le père et ses enfants, nous avons vu qu'on voulait affranchir celui-ci des formalités de la loi ; l'amendement fut repoussé, mais nous avons à nous demander au contraire, au cas d'indivision en général, si ces formalités elles-mêmes seront suffisantes.

227. — *Titres indivis.* — Nous pouvons reconnaître deux sortes d'indivision, l'une apparente et simplement matérielle, c'est celle qui existe lorsque le titre n'est pas divisé, mais porte mention de la part attribuée au mineur ; il n'existe en pareil cas aucune difficulté, le droit de l'héritier mineur est parfaitement déterminé, nous supposons qu'il l'a été par suite d'une attribution régulière ; il existe divisément dans son patrimoine ; le tuteur pourra en effectuer l'aliénation en accomplissant les formalités de la loi

1. Douai 24 juillet 1881. Gaz. Trib. du 26 août 1881. Cf. Trib. civ. Saint-Marcellin 8 mai 1880.

2. Sénat 25 mai 1878. *J. o.* 26 mai.

Digitized by Google

de 1880 ; si même il y avait eu partage en justice sans que mention eût été faite sur le titre lui-même de la part revenant au mineur, il suffirait pour en opérer le transfert que cette part fût constatée par un certificat du notaire qui a procédé au partage (art. 6, loi du 28 floréal an VII). L'indivision réelle existe quand les titres trouvés dans la succession à laquelle sont appelés à la fois mineurs et majeurs n'ont pas encore fait l'objet d'un partage régulier. En pareil cas la part qui revient au mineur est indéterminée, elle dépend des résultats de la composition des lots et des éventualités du tirage au sort.

228. — Il semblerait cependant au premier abord qu'il ne dût pas en être ainsi ; puisque d'après l'article 1220 les dettes et créances se partagent de plein droit entre les héritiers ; or cela n'est vrai que dans les rapports entre chacun des héritiers et les débiteurs héréditaires jusqu'à l'achèvement du partage ; il est exact de dire que chacun d'eux ne peut réclamer à ceux-ci dans la créance héréditaire qu'une part proportionnelle à son droit dans la succession. Mais cela n'est plus vrai dès que la part de chacun a été régulièrement déterminée ; en effet l'article 832 indique bien que les effets mobiliers, titres et créances, doivent être compris dans la masse partageable, malgré la division qu'aurait opérée déjà l'article 1220 ; et dès lors une fois les attributions faites, l'article 883 Code civil, dont la portée est générale, doit faire considérer chacun des héritiers comme ayant été dès l'ouverture de la succession le seul titulaire des valeurs comprises dans son lot. Il est donc vrai de dire que jusqu'au partage, et au point de vue de la part qui doit lui revenir, le droit du mineur dans les titres et valeurs de la succession reste indéterminé.

229. — Le partage, on le sait, doit être en pareil cas accompli en justice suivant des formes minutieuses dont les principales sont la licitation des immeubles, la composition des lots par un notaire et leur attribution par voie de tirage au sort ; enfin l'homologation donnée par un jugement en forme, entouré de toutes les garanties des décisions de justice ordinaires, et par conséquent ne pouvant être assimile aux homologations données par la Chambre du conseil à la suite des délibérations du conseil de famille. Il peut arriver souvent que le résultat du partage soit d'attribuer d'une façon fort inégale à chacun des héritiers les valeurs de la succession ; celles-ci peuvent être mises en surabondance à titre de soulte dans les lots qui comprennent des immeubles de valeur inférieure ; il peut même arriver que le lot attribué au mineur en soit complètement dépourvu ; ces diversités de composition dont le but n'est autre que d'atteindre l'égalité réelle des parts exigent impérieusement le contrôle de la justice. Cependant ces formalités théoriques et rigoureuses, qui se font d'après un procédé unique, et ne tien-

Digitized by Google

nent compte d'aucune circonstance de fait, ont souvent des conséquences mauvaises que pourraient éviter un partage amiable ; les lenteurs qu'elles entraînent et les frais considerables qui en sont la suite, sont d'ailleurs le plus souvent en complète disproportion avec l'importance du partage ou les avantages que peuvent assurer ce luxe et cet étalage de procédure. Aussi lorsque les parties sont d'accord elles cherchent le moyen d'échapper à ces garanties, inutiles souvent, et ruineuses toujours. Alors, si le mineur est près d'atteindre sa majorité, on ajourne le partage, les cohéritiers restent dans l'indivision, et c'est dans ces circonstances que peut se présenter la nécessité de vendre les valeurs communes. Quelquefois on effectue un partage amiable ; ceci est difficile lorsqu'il y a des immeubles à cause de la licitation ; mais si la succession ne se compose que de deniers comptants et de valeurs, l'attribution présente si peu de difficultés que d'ordinaire les cohéritiers la font enx-mêmes. Sans doute ce partage ne vaut que pour la jouissance (art. 840) ; mais comme le plus souvent la simplicité de l'opération est une garantie de la justice qui a présidé aux attributions, le mineur devenu majeur n'a pas de fraude à soupçonner et s'empresser de ratifier le partage. Si, pour effectuer celui-ci, la vente de quelques titres isolés était nécessaire, le tuteur, qui avant la loi était libre à cet égard, pouvait en demander le transfert en indiquant simplement la part proportionnelle du mineur (art. 6, Loi du 28 florèal an VII) (1). Ou plus simplement les cohéritiers, le tuteur y compris, faisaient opérer la conversion, aliénaient les titres devenus au porteur et se partageaient les deniers. Un autre procédé fréquemment employé encore aujourd'hui est celui de la transaction accompagnée des formalités de l'article 467, pour la part éventuelle du mineur. On a voulu continuer ces différentes pratiques sous l'empire de la loi nouvelle, mais on s'est heurté à un obstacle inattendu.

230. — Une succession renfermant des deniers comptants et un nombre assez important d'actions de la Compagnie de Lyon et de celle du Nord était échue à trois héritiers, dont l'un était mineur ; les cohéritiers décidèrent de vendre ces titres pour s'en partager le prix. Le conseil de famille fut de cet avis et prescrivit que la part devant revenir au mineur, le tiers du prix de vente, serait employé en rentes sur l'État : c'était l'application de l'article 1er de la loi. Mais les actions à aliéner s'élevant à plus de 1,500 francs, l'homologation fut demandée à la Chambre du conseil du tribunal de la Seine. Or celle-ci reconnut dans l'acte qui lui était proposé, une opération dont le but était de faire cesser l'indivision et par suite un partage déguisé (2).

1. Cf. Buchère. Opérations de bourse, n° 180.

2. Ch. du Cons. du Trib. Seine. Jugement du 23 juin 1880 (Dal. 81, 3, 71 à la note) et (*Gaz. des Trib.* 20 juil. 1880.

Digitized by Google

Elle refusa l'homologation demandée et renvoya les parties à l'accomplissement du partage judiciaire. Des poursuites régulières en justice devinrent nécessaires, un notaire dût être commis, des lots formés, les valeurs sans aucun doute attribuées pour un tiers au mineur après jugement du tribunal ; et celui-ci, la liquidation ainsi terminée, fut autorisé à se présenter de nouveau devant la Chambre du conseil dans le but d'effectuer la vente et l'emploi primitivement demandés et refusés. Tant de formalités et de frais pour arriver à un résultat identique, d'ailleurs, tout indiqué et prévu d'avance ! On assure que la pratique se montra fort émue de cette décision. L'inutilité apparente de ces lenteurs et de cette procédure coûteuse dans une matière aussi simple souleva des réclamations (1). Si le Code, disait-on, veut que le partage soit fait en justice, il n'impose pas le partage immédiat ; et c'est au moins une ressource, quand les parties sont d'accord, de pouvoir attendre jusqu'à la majorité du mineur ; avec le nouveau système le partage devient obligatoire dès qu'il y a nécessité de vendre les valeurs indivises ; quand cette éventualité se présente, il n'y a d'autres ressources que de conserver des valeurs inutiles, qui peut-être périclitent, qui du moins pourraient fournir les deniers nécessaires pour le paiement des dettes ou la réparation des immeubles, ou bien subir les frais et lenteurs d'une procédure jugée superflue. Cette décision semblait renverser toutes les précautions minutieuses et les procédés ingénieux depuis longtemps usités pour échapper à cette alternative. D'ailleurs la pratique ancienne était loin d'être aussi rigoureuse ; lorsqu'il s'agissait de vendre des inscriptions de rente indivises appartenant pour partie à un mineur, le trésor se contentait d'exiger pour le transfert l'autorisation du conseil de famlle quelle que soit la quotité de la part proportionnelle qui dût revenir au mineur et fût-elle inférieure à 50 francs, cela sans doute pour ne pas préjuger l'existence obligatoire d'une attribution strictement proportionnelle des valeurs (art. 832) ; mais ces réserves faites, il ne s'opposait pas à la vente ; et les cohéritiers restaient libres ensuite de se partager le prix ou de le remettre dans la succession. La jurisprudence elle-même semblait avoir reconnu, presque approuvé ces divers subterfuges, dès qu'elle reconnaissait que des formalités équivalentes se trouvaient entourer l'acte opérant partage : c'est ce qui arrive pour la transaction partage (2). N'est-ce pas la Cour d'Angers qui dans un arrêt de 1874 allait jusqu'à dire que « le mineur verrait ses intérêts les plus graves et les plus dignes de respect sacrifiés impitoyablement si la voie transactionnelle lui était fermée (3) ? » Enfin

1. Ch. Testoud. *Rev. crit.* 1880, p. 691.
2. Aubry et Rau, § 623 not 1, § 113 n° 3. Demol. succ. tom. 3, n° 608.
3. Angers, 7 août 1874, Cf. Trib. civ. Montauban 31 août 1874.

Digitized by Google

n'est-ce pas peut-être improprement que la vente dont il s'agit avait été qualifiée partage ? La jurisprudence universelle, pour l'application de l'article 883 Cod. civ., refuse d'admettre qu'il y ait partage dans la cession faite par l'un des cohéritiers à un tiers de ses droits éventuels; elle ne voit qu'une vente dans la cession faite aux cohéritiers dès qu'elle n'a pas fait entièrement cesser l'indivision ; et même dans ce dernier cas, la Cour de Poitiers refusait dernièrement de reconnaître le caractère de partage à la cession de droits successifs entre cohéritiers, lorsqu'elle avait été faite à titre de dation de paiement (1). Faisant appel surtout à la généralité d'expressions de la loi nouvelle, on se demandait pourquoi un droit indivis ne pourrait pas ainsi qu'une valeur divisément attribuée au mineur faire l'objet d'une vente soumise à l'autorisation du conseil de famille et de la justice, autorisation éventuellement donnée pour le cas où les titres vendus devraient se trouver compris dans le lot du pupille.

231. — Ces réclamations, bien qu'elles renfermassent une part réelle d'exagération étaient à vrai dire fort sérieuses ; nous devons reconnaître cependant qu'en droit la décision de la Chambre du Conseil était irréprochable. Dans l'espèce qui lui était soumise, la part revenant au mineur se trouvait avoir été déterminée par l'appréciation même du conseil de famille et l'emploi qui avait été prescrit ; l'homologation demandée ne se référait pas à l'éventualité d'un partage subséquent dans lequel on eut fictivement compris les valeurs aliénées, elle devait porter sur les valeurs même désignées comme appartenant au mineur ; de sorte que la vente consommée, portion proportionnelle du prix devait revenir à ce dernier pour être employée d'après les indications données par le conseil de famille et approuvées par le tribunal, le mineur se fût trouvé avoir reçu son lot dans les valeurs héréditaires ; or toute attribution dans un bien quelconque de la succession ne peut avoir lieu au profit du mineur qu'en vertu d'un partage judiciaire, poursuivi et accompli d'après les formes réglées aux articles 848, C. civ., 976 et suivants C. proc. Dans l'espèce ces formes auraient été éludées. On ne nie pas que les formalités de la loi nouvelle ne puissent s'appliquer à la part éventuelle qui peut revenir au mineur dans les valeurs indivises de la succession ; mais on leur refuse le pouvoir de déterminer, de fixer cette part elle-même et de se substituer ainsi aux formalités toutes différentes requises pour le partage. C'est ainsi que l'on n'a jamais prétendu que l'homologation d'une vente d'immeuble proposée par le conseil de famille pût remplacer les formes de la licitation telle qu'elle a été organisée en vue du partage. Et si

1. Poitiers 18 mai 1881. D. 82, 2, 103. C. Ntmes, 5 mars 1855, D. 55, 2, 162, et Bourges, 22 janv, 1853. D. 54, 5. 542.

Digitized by Google

l'on convient généralement que la transaction faite suivant les formes de l'article 467 équivaut à un partage régulier, on doit remarquer que de plus en plus la jurisprudence tend à exiger qu'il s'agisse réellement d'une transaction véritable, c'est-à-dire d'une convention portant sur des difficultés réelles et non sur des motifs simplement apparents (1) ; et même sous cette forme, des protestations sérieuses se sont élevées (2). C'est qu'en effet le caractère de l'opération ne doit plus en cette matière s'apprécier d'après les conditions rigoureuses exigées pour l'application de l'article 883, qui sanctionne une simple fiction, fiction dont les effets sont graves puisqu'ils tendent à restreindre dans le passé le droit de propriété de l'héritier et annuler les droits des tiers qui peuvent avoir traité avec lui avant le partage. Si nous voulions chercher pour définir les actes équivalant à partage, un champ plus vaste d'application, ce n'est pas à l'article 883, mais bien aux articles 888 et 889 que nous devrions nous adresser. D'après leur formule et leur esprit, ils comprennent tout acte ayant pour but de faire sortir de l'indivision un seul des héritiers ; c'est qu'ils sont la sanction du principe, autrement important, du maintien de l'égalité dans les partages ; ils règlent les rapports des cohéritiers entre eux, et l'égalité doit être observée et maintenue dès que l'un d'eux, sous une forme quelconque, a reçu sa part dans les biens héréditaires. Telle serait en effet la formule qui devrait aussi nous guider pour l'application des formes du partage judiciaire (3) ; elles sont établies dans un but de protection pour les mineurs, protection exagérée, c'est possible, mais à laquelle on ne saurait pourvoir par des formalités édictées dans un but tout différent et qui ne les remplaceraient en rien. Donc ces mesures de protection doivent s'appliquer dès que le mineur, sous une forme représentative, par voie d'échange, de substitution de biens, ou d'attribution en nature, s'est trouvé rempli, pour le tout ou partie, de sa part héréditaire : c'est un principe considéré comme étant d'ordre supérieur, à l'égal de celui visé dans les articles 888 et 889.

232. — Nous déciderons en conséquence que la cession des droits successifs appartenant au mineur dans les titres et valeurs héréditaires ne saurait être davantage autorisée par le conseil de famille ni homologuée par le tribunal, lors même qu'elle serait faite à tous les autres cohéritiers et laisserait subsister entre eux l'indivision. Il ne s'en suivrait pas moins que le mineur aurait reçu, sous la forme d'un prix de vente, sa part représentative dans les valeurs mobilières de la succession. Nous exigerons égale-

1. Cf. Demol. suc., t. 3, n° 608, trib. civ. de Londun, 4 fév. 1882 (Le Droit, n° du 31 mai 1882).

2. Laurent, t. X, c° 295. Le Droit : n° du 31 mai 1882.

3. Cf. Aubry et Rau, t. V, § 625, not. 2.

Digitized by Google

ment pour le partage transactionnel les formes précédemment indiquées. On trouvera peut-être ces solutions rigoureuses ; elles ne sauraient manquer d'exciter les protestations légitimes qui accueillent toute entrave nouvelle de procédure venant compliquer encore l'administration tutélaire et augmenter les frais imposés au pupille. Ces réélamations cependant ne peus'adresser qu'au système général du partage judiciaire et non à l'une de ces légitimes applications. Du moment que la loi nouvelle, adoptant pour la protection des valeurs mobilières les formalités similaires du Code civil, n'a pas entendu substituer ses dispositions à celles existant en matière partage ; que, loin de vouloir diminuer le système des garanties pupillaires, elle a eu pour but de le fortifier et de l'étendre encore ; nous ne pouvons dès lors qu'accepter le système admis par la loi. Il ne nous est pas permis pour un acte isolé d'y apporter une exception qu'assurément le législateur n'a pas entendu introduire : l'eût-il voulu, qu'il lui eût été fort difficile de le faire ainsi d'une manière partielle. La réforme ne doit pas se glisser en quelque sorte subrepticement à propos des réglementations spéciales des divers actes du tuteur ; elle serait forcément incomplète. Elle doit venir d'une loi de procédure générale ; c'est là peut-être qu'il sera possible d'admettre, dans les matières simples, où les attributions entre cohéritiers ne comprennent que des deniers et valeurs à partager, que l'on doive se contenter de la garantie offerte par l'homologation en chambre du conseil. Jusque-là, le Code existe et doit être appliqué. Sans doute, les parties pouvaient échapper à ses rigueurs, dans les arrangements faits entre elles, tant que la justice n'avait pas à intervenir ; mais du moment que la loi nouvelle exige le contrôle des magistrats, on ne peut leur demander en bonne foi de sanctionner une violation directe du Code civil. Ces complications sont ici encore, il faut bien l'avouer, le résultat de l'exigence malencontreuse de l'autorisation judiciaire. Nous disions que au désir de voir simplifier les formalités de la vente des biens de mineurs on avait répondu en ajoutant quelques difficultés nouvelles de procédure ; nous pouvons ajouter maintenant qu'aux réclamations qui s'élèvent de toutes parts contre les frais du partage judiciaire, on a fait droit en les aggravant encore ; jadis on pouvait pour les éviter rester dans l'indivision ; cette ressource extrême n'existe plus dès qu'il y a des valeurs héréditaires à vendre, ce qui est le cas ordinaire à l'ouverture de toute succession.

233. — Cette question était grave ; nous avons fait à la critique sa large part, il est temps, peut-être, de rectifier quelques-unes des conséquences exagérées que l'on prétend être le résultat de la décision du 23 juin 1880. Il n'est pas absolument exact, en effet, d'avancer que l'homologation devra toujours être refusée à la vente de titres indivis et qu'il devient

Digitized by Google

désormais impossible, dès que la nécessité de vendre se présente, d'ajourner plus longtemps les difficultés du partage judiciaire. Nous voudrions essayer d'établir, sur ce point délicat, une délimitation exacte. Ce que les magistrats refuseront de sanctionner, c'est la vente effectuant partage ; là est le principe, là aussi est la limite de son application. Or, ce qui caractérisait la vente soumise à la Chambre du conseil, c'est qu'elle avait été autorisée par conseil de famille avec attribution de la part du prix afférente à chacun des héritiers. Si, au contraire, les valeurs devaient être aliénées, sous la condition que le prix en fût remis dans la succession, pour ensuite être distribué entre les héritiers, d'après les résultats d'un partage ultérieur, l'opération serait considérée comme un accessoire de la liquidation et pourrait être autorisée par un simple jugement de la Chambre du conseil (1). La difficulté portera, il est vrai, sur la sincérité de la déclaration du conseil de famille (2) ; mais, si le tribunal l'a en suspicion, il peut, en homologuant la vente, ordonner le dépôt à la caisse des consignations du prix à en provenir, pour être retiré au jour seulement où sera formée la masse partageable. Il est certain, en pareil cas, que la vente n'a pas par elle-même opéré attribution au profit du mineur de la part qui devait lui revenir dans les valeurs aliénées. Cette part était incertaine dans sa quotité, peut-être aurait-elle été nulle, ce qui arrivera fréquemment au cas où la succession comprend un petit nombre de titres seulement et tous différents ; au lieu de vendre et de comprendre le prix dans la masse, le notaire distribuera ces titres entre les lots divers, par application de ce qui est dit au sujet des immeubles (art. 832) ; quoi qu'il en soit, et en toute éventualité, le conseil de famille, assisté du tribunal, décide que, dans le cas où une part quelconque dans les valeurs, dont la vente est proposée, dût être plus tard attribuée au mineur en nature, il en permet l'aliénation. Sa décision n'a pas d'autre portée. Au jour du partage, le lot attribué au mineur peut ne comprendre que des immeubles ou des valeurs existantes ; il peut, au contraire, se trouver complété avec les deniers provenant de la vente ; c'est à ce jour seulement que se révélera la part que le mineur aurait eue dans les valeurs aliénées, et par suite l'utilité des formalités antérieurement prises par le tuteur. Mais comme la part éventuelle du mineur reste indéterminée, malgré la vente, qu'elle peut même être de la totalité des valeurs aliénées, nous déciderons que l'homologation sera requise dès que le chiffre total dépassera 1,500 francs, sans qu'il y ait à se baser sur une division proportionnelle faite en vue de fixer les droits du pupille ; cette exigence est

1. M. Bufnoir à son cours.

2. Il ne saurait y en avoir aucune, si la vente était imposée en vue du paiement immédiat des charges communes, ou d'une dette héréditaire.

Digitized by Google

analogue à celle qui était admise par le trésor pour le transfert des rentes indivises du mineur sous l'Empire de la loi de 1806. Un autre procédé, peut-être plus avantageux, si tous les héritiers peuvent s'entendre pour l'emploi des valeurs aliénées, serait d'ordonner que les titres, acquis en échange, seront inscrits indivisément au nom de tous (1). Les ressources précédentes supposent que la majorité est de quelque peu éloignée ; elles pourront être employées, au cours de l'indivision, dans le but surtout de prévenir la dépréciation de titres menacées ; elles seraient peu pratiques comme procédés de liquidation.

234. — Si donc il est nécessaire de vendre pour faciliter la composition des lots ou pour payer des dettes urgentes, et que cependant on croie utile de retarder la demande en partage, on recourra à un usage universellement passé en pratique ; on s'adressera au juge des référés pour provoquer la nomination d'un administrateur provisoire de la succession et le charger de toutes les opérations réclamées par la situation (2). Le conseil de famille, en adhérant à cette nomination, peut avoir spécialement prévu la vente et déterminé les valeurs qui devront en être l'objet ; dans ce cas, l'administrateur n'aura plus qu'à obtenir l'autorisation de la Chambre du conseil pour que les formalités de la loi de 1880 se trouvent remplies. Il peut arriver, au contraire, que bien qu'investi, en général, de tous les pouvoirs nécessaires à la liquidation, aucune autorisation spéciale ne lui ait été donnée à ce sujet par le conseil de famille. Lui suffirait-il, dans ce cas, de remplir les formalités imposées à l'héritier bénéficiaire pour la vente des meubles incorporels de la succession ? D'après le dernier état de la jurisprudence (1), ces formalités consisteraient dans l'autorisation de justice ; il pourrait donc s'adresser immédiatement au tribunal sans provoquer une délibération spéciale du conseil de famille. La pratique semblerait incliner dans ce sens ; car ces valeurs, dit-on, ne sont pas encore déterminément considérées comme faisant partie du patrimoine du mineur, mais bien comme dépendant d'une masse indivise et distincte, formant un patrimoine à part, l'hérédité ; ce ne sont encore que des valeurs dépendant de la succession, et c'est à ce titre seul qu'elles sont envisagées. Cette idée serait comme un souvenir de l'ancienne fiction romaine : *Hereditas personam defuncti sustinet.* Dès lors, l'administrateur ne serait plus envisagé, en quoi que ce soit, comme le représentant du mineur, mais uniquement comme le fondé de pouvoir des héritiers, chargé des mesures les plus urgentes de liquidation, comme l'administrateur provisoire d'une succession béné-

1. Cf. *Annales et Journ. spéc. des justices de paix*, ann. 1880, p. 364 et 365.
2. Cf. Buchère. Comm. de la loi de 1880, n° 32. Mollot. Liquidations judiciaires, n°.
3. Cass. 4 avril 1881.

Digitized by Google

ficiaire. De là, il résulterait que si, en général, pour l'aliénation des titres indivis, les formalités de la loi de 1880 sont insuffisantes, l'une d'elles, au moins, deviendrait superflue lorsque cet acte constitue une opération nécessaire de la liquidation confiée aux soins d'un administrateur de la succession. Logiquement, la question a une autre portée ; car, si c'est à titre de mandataire liquidateur que ces aliénations, sans les formalités de la loi nouvelle, seraient effectuées par l'administrateur, nous devrions reconnaître que ce titre peut également appartenir au tuteur qui, en dehors de toute indivision, et comme représentant du mineur héritier bénéficiaire, prend à l'ouverture d'une succession les mesures urgentes que nécessite la liquidation. Faudrait-il donc aussi, en cette seconde hypothèse, lors même que le mineur est seul héritier, admettre que le tuteur faisant prévaloir seulement la qualité d'héritier bénéficiaire qui appartient au pupille pourra, dans les cas urgents que nous signalions, s'adresser directement à la Chambre du conseil, sans provoquer une réunion spéciale du conseil de famille pour chaque aliénation de titres et valeurs réclamées dans ce but ? Pourrait-il ainsi procéder aux aliénations reconnues indispensables sans avoir accompli la première et la principale des formalités de la loi nouvelle ? Nous ne pouvons résoudre ici toutes ces questions ; il est nécessaire, pour leur intelligence, que nous connaissions le rôle et les pouvoirs de l'administrateur nommé aux successions et surtout que nous ayons pris parti sur le caractère et la nature des pouvoirs de l'héritier bénéficiaire. Nous devrons alors nous poser, en premier lieu, la question inverse, savoir si le tuteur, pour les valeurs inférieures à 1500 francs, après s'être muni de l'autorisation du conseil de famille, sera suffisamment en règle vis-à-vis des créanciers héréditaires, et s'il ne devra pas, à leur égard même pour les titres les moins importants, s'adresser encore à la Chambre du conseil ; et c'est alors, en cas d'affirmative, que nous aurons à nous demander si, pour les aliénations comprises parmi les mesures de liquidation les plus urgentes, cette autorisation de justice n'est pas la seule qui doive être prise en considération, la seule qui soit exigée même au regard du pupille et pour la validité de la vente. En ce moment, il nous suffit d'avoir constaté que l'aliénation des valeurs ne sera plus absolument impossible, tout en maintenant l'indivision. Cette réserve faite relativement aux exagérations de la doctrine du jugement du 23 juin 1880, nous reconnaissons volontiers que les considérations qu'elle invoque, ont encore une gravité réelle et sont dignes du plus sérieux examen.

235. — Nous ajouterons en terminant qu'en principe ce n'est pas seulement le tribunal qui doit refuser à homologuer une vente de titres indivis ; mais le conseil de famille lui-même n'aurait pas le droit, en évaluant à moins de 1500 francs la part du mineur, de procéder à la vente sans homo-

Digitized by Google

logation. Cette appréciation constituerait une évaluation de la part qui doit revenir au mineur et par suite équivaudrait au partage. Par suite les agents de change. chargés de la vente, les représentants du trésor ou des compagnies auxquels les titres seraient remis pour les transferts, pourront toujours, lorsqu'on leur présentera un titre ayant appartenu au défunt, exiger la justification soit de l'attribution régulière par suite d'un partage en forme, soit, en prévision des cas exceptionnels où la vente peut précéder le partage, de l'autorisation judiciaire qui aura consacré cette dérogation au principe général (1). Cette dernière pourra-t-elle encore être exigée même au cas où l'ensemble des valeurs dont le transfert est requis et inférieur à 1500 francs; quand il est certain par conséquent que la part qui pourrait être plus tard attribuée au mineur ne sera jamais soumise à la seconde formalité de la loi de 1880? La pratique antérieure au jugement du 23 juin n'obligeait pas en principe les intermédiaires de la vente à vérifier le caractère réel de l'opération qui leur est proposée, ils n'avaient pas à s'enquérir si la vente devait constituer un partage ou une simple mesure de liquidation, si le prix serait partagé entre les cohéritiers majeurs et mineurs ou remis dans la masse héréditaire; il leur suffisait de s'assurer que toutes les formalités éventuellement exigibles à supposer que les valeurs entières fussent mises dans le lot du mineur, eussent été remplies; cette réserve faite en vue de l'avenir, ils ne se croyaient pas le droit de s'opposer à la vente sous prétexte qu'elle pût dissimuler un partage; leurs obligations et leur responsabilité se trouvent-elles aggravées sous ce rapport? Nous ne le croyons pas. Quand l'ensemble dépasse 1500 francs, ils ne peuvent reconnaître au conseil de famille le droit de limiter à ce chiffre la part du mineur, car cette fixation ne peut dépendre que d'un partage en règle; et à moins que le tribunal n'ait permis la vente, ils peuvent toujours craindre que, par suite d'une attribution ultérieure, l'autorisation de justice ne se trouve avoir dû être nécessaire; au-dessous de ce chiffre, leur prétention constitue une immixtion qui de leur part serait abusive. Les agents du transfert sont sans droit pour qualifier la vente qui leur est soumise, en apprécier les suites et refuser leur concours quand il est démontré qu'elle est requise par tous les propriétaires communs, tous capables ou dûment autorisés; ils doivent sans doute vérifier la qualité des ayants-droit et s'assurer de leur capacité, mais ne sont pas juges des suites probables, ou simplement possibles de l'opération qui leur est demandée.

236. — 2° *Difficultés relatives aux actes de disposition considérés en cas mêmes.* — Le second point de vue auquel nous devons nous placer pour

1. Cf. Circul. du min. de la just. du 10 mai 1880. Cf. Buchère. Loi de 1880, *loc. cit.*

Digitized by Google

rechercher quelle est l'étendue d'application de la loi de 1880 est relatif aux actes accomplis par le tuteur au sujet des valeurs de pupille. Quels sont ceux que nous devrons considérer comme aliénation soumise aux formalités de la loi ? Les explications générales que nous avons données en traitant des pouvoirs du mandataire conventionnel, nous permettront de nous étendre très peu sur ce point. Le premier cas dont nous nous sommes occupé alors est la mise en gage des valeurs mobilières. Si nous la supposons antérieure à l'ouverture de la tutelle, nous déciderons, par analogie de ce qui est admis au cas de bénéfice d'inventaire, que l'aliénation des titres engagés pourra avoir lieu sous les conditions de l'article 2078, sans l'accomplissent, inutile en pareil cas, des formalités de la loi de 1880 (1) Pour que notre question s'élève il faut donc supposer la mise en gage effectuée par le tuteur ; si elle est concomittante à l'emprunt elle bénéficiera des garanties des articles 457 et 458 et dès lors sera soumise à l'homologation du tribunal, quelle que soit la valeur du titre engagé ; elle reste en tous points du reste sous l'empire du Code civil, elle échappe par conséquent à la disposition de la loi nouvelle supprimant l'appel contre le recours principal qui aurait pu être porté à la suite d'une décision du conseil de famille même homologuée. Si elle est postérieure à l'emprunt, nous déciderons. d'après l'examen que nous avons déjà fait de la question, que cet acte constitue une aliénation indirecte soumise aux mêmes garanties et formalités que la vente elle-même. Cette solution s'impose, on peut le dire, puisque à l'échéance et en cas de non paiement, nous avons admis que la vente du titre pourrait être effectuée sans la double formalité de la loi ; si donc cette garantie n'était pas procurée antérieurement, lors de la constitution de gage, il s'en suivrait que l'aliénation pourrait avoir lieu en deux actes sans aucune des protections dont la loi a voulu l'entourer.

237. — L'analogie apparente entre la cession et le recouvrement anticipé des créances du pupille a pu faire penser que ces deux actes devaient être assimilés à tous points de vue. Sous l'empire de l'article 452 on arguait des pouvoirs du tuteur en matière de recouvrement pour l'exonérer de toute entrave en fait d'aliénation directe ; aujourd'hui on semblerait invoquer les restrictions mises à la cession pour vouloir les étendre au recouvrement : cette assimilation n'est pas plus légitime que n'était la première. Le tuteur serait sans doute obligé de recourir aux formalités de la loi pour recevoir une quittance subrogative ; car en ce cas la créance continue à subsister, mais transportée au profit d'une autre personne ; ou si cette expression peut choquer les partisans d'un système quelque peu abstrait sur le caractère de la

1. Cf. Sir. 56, 1, 785 et la note, et Cass. 27 déc. 1820.

Digitized by Google

subrogation, nous dirons qu'elle est remplacée par une autre créance tellement semblable qu'il n'existe guère en principe d'autres différences entre elles que le changement de leurs titulaires. Il n'en sera plus de même s'il s'agit d'un paiement ordinaire non suivi de subrogation. Les pouvoirs du tuteur lui sont en cette matière expressément conférés par le code et rien dans la loi nouvelle ne vient les restreindre. Cette solution est générale et ne souffre aucune exception même pour le cas où la créance serait touchée avant terme (1). Ainsi le paiement est valable dans toute ses conséquences et sans que les tiers aient à surveiller l'emploi des deniers, quelle que soit d'ailleurs l'opinion adoptée sur les formalités exigées alors pour leur placement (art. 6, loi de 1880). C'est donc à tort que certains conservateurs des hypothèques ont voulu exiger pour la radiation des inscriptions hypothécaires garantissant une créance actuellement éteinte entre les mains du tuteur, la production des pièces constatant l'autorisation du conseil de famille en matière d'emploi et la justificatien par lui donnée du placement des capitaux reçus (2). Nous donnerons une solution analogue pour tous les actes prévus par le Code civil et qui paraîtraient se rapprocher plus ou moins de l'aliénation, par leur caractère, leur importance ou leur résultat. Cette observation s'appliquera surtout aux actions relatives aux valeurs mobilières, rien dans la loi nouvelle ne vient le soustraires à l'empire de l'article 461 ; ce texte seul peut encore les régir. Par suite le tuteur pourrait même se désister sans autorisation d'un appel formé contre un jugement relatif à ces valeurs (3). Inversement nous continuerons à éxiger pour la transaction portant sur tous les droits de cette espèce le surcroit de formalité prescrit par l'article 467.

238. — L'acte le plus grave, celui qui aurait pu donner lieu aux plus sérieuses difficultés eut été la conversion des titres nominatifs en titres au porteur. Nous avons vu que la jurisprudence la plus récente la rangeait parmi les actes d'administration laissés à la discrétion du tuteur. Aussi l'un des principaux objets de la loi nouvelle était-il de mettre un terme à cette liberté excessive dont l'exercice aurait eu pour effet d'annihiler toutes les précautions de la loi. Le premier projet assimilait déjà, au point de vue des formalités à remplir, la conversion à l'aliénation. Cette proposition reçut l'approbation unanime des deux chambres et devint l'article 10 de la loi nouvelle. Cette conversion sera bien rarement admise puisque en principe l'exis-

1. Bien entendu nous réservons le cas où le recouvrement anticipé aurait le caractère d'une transaction ou d'un emprunt déguisé.

2. Cf. Trib. de Lorient 23 mars 1821 (La Loi 15 oct. 1881. *Gaz. des trib.* 5 juin 1881) Buchée. n° 97 Moniteur des juges de paix, ann. 1880. p. 360, 361 Ann. et jouns. spéc. de jus. de paix an. 1880. p. 275.

3. Cf. Paris 14 déc. 1881. Monit. des jug. de paix ann. 1882. p. 91.

Digitized by Google

tence de titres au porteur dans le patrimoine du pupille est prohibée ; elle pourra être autorisée par exception comme prélude de l'aliénation et en vue de la faciliter. S'il devait entre les deux opérations s'élever un intervalle assez long, le conseil de famille pourrait prescrire, pour la garde des titres au porteur, en attendant la négociation par lui désignée, les mesures que lui permet l'article 5 pour les titres de cette espèce trouvés dans le patrimoine du pupille et qu'il juge à propos de conserver sous cette forme.

Art. 3, — *Mesures accessoires prises en vue d'assurer l'exécution des formalités de la loi.*

239. — Ces mesures sont au nombre de deux, l'obligation de convertir les titres au porteur en titres nominatifs, et les pouvoirs de surveillance confiés au subrogé-tuteur. Il est, en effet, certain que la double formalité prescrite par la loi pour l'aliénation des valeurs mobilières aurait pu être complètement éludée, si le tuteur fut resté en possession des titres au porteur appartenant au pupille au jour de l'ouverture de la tutelle ou pouvant lui échoir postérieurement à titre de succession, legs ou donation. Il pouvait même arriver, si les titres à la fin de la tutelle fussent restés en la possession du tuteur, que la propriété pût en être contestée au pupille. La loi devait donc intervenir afin de prévenir ce double danger. Deux moyens se présentaient dans ce but, étant donné l'état actuel de notre législation, la conversion en titres nominatifs, ou le dépôt en Banque. Ce dernier procédé peut offrir des dangers si le choix de la société dépositaire est libre, et c'eut été apporter à l'aliénation des titres de sérieuses entraves que désigner obligatoirement la Caisse des dépôts et consignation ; c'eut été dans tous les cas soustraire le titre à la disposition du tuteur et lui imposer de réelles difficultés même en matière de recouvrement des dividendes. La conversion a donc été admise en principe, et le dépôt prescrit par exception dans les cas ou le premier moyen serait impossible ou désavantageux. Ce n'est pas cependant que cette modification dans la forme du titre ne puisse avoir quelques inconvénients pour l'avenir ; il est des titres, comme par exemple ceux des compagnies de chemin de fer, qui ne peuvent être aliénés que sous la forme au porteur ; le mineur qui, après sa majorité, voudra s'en dessaisir devrait donc procéder à une seconde conversion en sens inverse. Aussi le moyen prescrit par la loi Prussienne de 1875 sur la tutelle semble-t-il au premier abord plus simple et plus pratique. Une simple mention susceptible d'être annulée à la majorité du pupille, indique sur le titre même l'indisponibilité temporaire et partielle dont il est frappé entre les mains du tuteur, et oblige celui-ci, lorsqu'il veut aliéner, à se soumettre aux formalités

Digitized by Google

prescrites en pareil cas. Cette mesure toutefois comporte des inconvénients sérieux ; elle s'éloignait d'ailleurs de nos usages commerciaux et menaçait de surcharger les titres de mentions et râtures dont il eut fallu prouver la légitimité et qui aurait ainsi entravé leur cours et suscité les méfiances : il n'en fut pas question. On songea au seul procédé que l'ensemble de notre législation mît à la disposition du législateur et l'on s'en tint dès lors à la conversion.

240. — Cette partie de la loi de 1880 ne rentrant qu'indirectement dans notre sujet, nous n'avons pas l'intention de l'étudier dans tous ses détails. Il nous suffira de dire que, quant aux délais laissés au tuteur pour opérer la conversion, le conseil de famille peut accorder les prolongations nécessaires ; qu'il peut même, dans le cas où l'opération lui paraît inutile, dispenser les titres de la conversion et en ordonner le dépôt, soit entre les mains d'une personne amie, et par conséquent les laisser entre celles du tuteur, soit dans un établissement financier (art. 5). Nous n'insisterons que sur les deux points suivants qui sont vraiment les seuls importants : 1° Les cas où cette conversion sera rendue impossible ; et 2° la délicatesse du rôle laissé au conseil de famille en toute cette matière.

241. — Nous savons déjà que le conseil de famille peut s'opposer à la conversion ; mais dans ce cas l'exception qu'il apporte à l'obligation de l'article 5 est volontaire ; il en est d'autres où elle est forcée. Cette mesure en effet constitue une modification apportée à l'état et à la nature même du titre, et il peut se faire qu'elle intéresse non-seulement le mineur, mais aussi les tiers ayant des droits sur la valeur qui appartient à ce dernier, et qu'elle ne puisse avoir lieu sans leur assentiment. Le dernier projet n'avait pas prévu cette obstacle et ne mentionnait que l'impossibilité dérivant de la nature du titre (1) ; comme cela pouvait se rencontrer avant la loi de 1857 pour les titres de certaines sociétés françaises et comme il peut arriver encore aujourd'hui pour ceux de sociétés étrangères dont les statuts n'admettraient que la forme au porteur. C'était insuffisant. Lors de la première discussion, M. Raoul Duval (2) s'attacha à présenter au Sénat les graves difficultés qui pouvaient résulter de conventions préexistantes et les nombreuses circonstances où le droit des tiers allait se trouver en jeu. Quelques-unes de ces circonstances ont été énumérées par M. Buchère : « Les titres, dit-il (3), peuvent être syndiqués, ils peuvent être déposés dans une caisse publique ou entre les mains de tiers en vertu de conventions aux termes desquelles le propriétaire a renoncé au droit d'en disposer avant un délai déterminé on s'est obligé de

1. V. Duvergier. Coll. des Lois, an. 1880, p. 48.
2. Sénat, 2 mai 1878 (*J. O.*, 3 mai).
3. Loi de 1880, commentaire, n° 67.

Digitized by Google

les laisser entre les mains d'une tierce personne à titre de garantie ou autrement. » C'est ainsi qu'ils peuvent avoir fait l'objet d'une constitution de gage antérieure, le tuteur ni le conseil de famille ne peuvent alors enlever au créancier la possession des titres pour en opérer la conversion. Parmi ces circonstances, il en est deux cependant qui peuvent soulever quelques difficultés ; la première au cas où le titre a été remis aux mains d'un usufruitier et la seconde au cas d'indivision.

242. — M. Raoul Duval (1) et après lui les commentateurs de la loi (2) ont rangé la première hypothèse parmi celles qui rendent la conversion impossible ; cette assertion nous semble cependant sujette à controverse. Il est certain tout d'abord qu'elle ne saurait s'appliquer à l'usufruit légal ; l'intention bien manifeste et plusieurs fois exprimée, des rédacteurs de la loi a été de soumettre le tuteur usufruitier légal à toutes les obligations édictées par la loi nouvelle. Il ne pourrait donc prétendre s'opposer à la conversion. Mais la question doit se poser au point de vue des principes généraux. L'usufruitier, nous l'avons vu, ne peut s'opposer à la vente de la nue-propriété des biens sur lesquels porte sa jouissance ; d'un autre côté l'intérêt de cette dernière exige que le titre au porteur soit remis entre ses mains ; ce qui nous faisait dire que la nue-propriété de ce titre ne pourrait que difficilement être aliénée puisque les titres ne pourraient être livrés à l'acquéreur et que c'est dans cette tradition surtout que consiste pour les valeurs de cette forme la transmission de propriété. Est-ce à dire que l'usufruitier ne pourrait être, comme le gagiste, dépossédé même momentanément des titres qui lui ont été remis ? Assurément non, car son droit ne dépend pas de la possession ; il survit en dehors d'elle et cette dernière ne lui est due que pour lui permettre d'exercer son droit de jouissance, en pareil cas de toucher les dividendes ; là se borne son droit ; il ne pourrait vendre le titre pas même le titre au porteur (3) ; et dès lors les formalités exigées pour la conversion ne portent aucun trouble à l'exercice de ses droits. Quant à la possession qui lui est nécessaire, qu'elle porte sur des titres nominatifs ou sur des titres au porteur, la chose doit lui être indifférente ; il lui suffira que la perception des dividendes lui soit aussi facile dans un cas comme dans l'autre ; et tout ce qu'il pourra exiger c'est que les nouveaux titres nominatifs qui lui seront remis soient munis de coupons au porteur ; mais il n'a jamais, comme le gagiste, à invoquer l'éventualité d'une vente possible en vue de laquelle il ait intérêt à conserver les titres sous la forme qui les rend plus facilement négociables ; il n'y a donc entre lui et le nu-propriétaire aucune

1. V. Duvergier, Coll. des Lois 1880, p. 54, not. 3.
2. Cf. Buchère, *loc. cit.*, n° 67, p. 60.
3. Buchère. Valeurs mobilières, n° 777.

Digitized by Google

convention relative à la forme du titre, il est sans intérêt dans la question et il ne nous semble pas qu'il puisse s'opposer à la mesure imposée par la loi (1). Seulement en pareil cas, il nous semble que l'article 9 du décret du 18 juin 1864, lequel défend au trésor de délivrer aux incapables des titres nominatifs munis de coupons au porteur, devrait cesser de s'appliquer; puisque le titre une fois converti ne doit plus être délivré à l'incapable, mais remis à l'usufruitier lui-même et que ce dernier a la disposition des revenus.

244. — La seconde hypothèse prévue est celle où les titres sont indivis. Il peut arriver qu'en vertu d'une convention antérieure d'indivision les titres aient été déposés en Banque ; c'est le cas expressément prévu dans la discussion, la conversion sera certainement impossible. En serait-il encore de même si cette précaution spéciale n'avait pas été prise ? Les titres sont restés à la disposition des héritiers ; le partage immédiat ne pouvant avoir lieu, nous le supposons, la part du mineur ne peut être exactement déterminée et la conversion devrait porter indivisément sur tous les titres. Or cette mesure ne peut certainement être imposée aux héritiers ; ils peuvent avoir grand intérêt à recueillir les titres sous la forme au porteur ; et la conversion ne pourra donc être effectuée au mépris de leurs droits (2). Et ici cette décision, qui est générale, s'appliquera tout aussi bien, lors même que l'indivision existerait avec le père ou la mère survivants ; la réponse faite par le rapporteur à une observation de M. Clément sur une question analogue, ne laisse aucun doute à ce sujet (3). Le conseil de famille pourra-t-il au moins ordonner le dépôt jusqu'à l'expiration des délais fixés dans la convention d'indivision ? Il pourrait, je crois, l'ordonner comme mesure générale, puisque les héritiers n'ont aucun intérêt à conserver dans leurs mains des titres dont ils ne peuvent disposer et qu'il leur suffit que la conservation et le service des dividendes soient assurés. Mais il n'a pas qualité pour imposer un choix quelconque aux héritiers opposants ; de la solvabilité du dépositaire dépendront peut-être les chances de restitution des titres, et le tribunal seul aurait autorité en cette matière ; or celui-ci n'est pas appelé à statuer en pareille matière ; et même dût-il intervenir au sujet de la conversion de titres au porteur, il nous semblerait fort difficile de lui donner le pouvoir de toucher au nom de l'intérêt du mineur au droit quelconque des autres héritiers. Si donc ceux-ci ne peuvent s'entendre pour désigner le dépositaire, le conseil de famille devra recourir à la caisse des dépôts et consignations, qui est le seul établissement de ce genre à qui la garantie de l'État soit assurée, la Banque de France se refusant depuis la loi de 1875 à

1. M. Duverger à son cours.
2. Cf. *Monit. des juges de paix*, an 1880, p. 56 et 57.
3. Sénat. 25 mai 1878 (*J. O.* 26 mai).

Digitized by Google

recevoir en dépôt les titres des incapables. Enfin nous ajouterons que les frais dûs à l'établissement dépositaire pourraient être imposés entièrement au mineur puisque c'est dans son intérêt seul que la mesure aurait été prise. Dans le cas où l'indivision temporaire n'aurait pas été imposée par une convention antérieure, le seul moyen efficace qui pût rester au tuteur de se conformer aux prescriptions de la loi serait de poursuivre le partage dans le délai qui lui est imposé pour la conversion, sauf prolongation accordées par le conseil de famille. Enfin dans toutes les hypothèses les agents de change, le trésor et les compagnies devraient s'opposer à la conversion des titres indivis demandée avec indication de la part attribuée au mineur ; cette solution est le corollaire indispensable de celle que nous avons donnée au sujet de l'aliénation de ces titres ; toute détermination de ce genre équivaudrait partage.

244. — Comme nous l'avons annoncé, nous ne pouvons terminer l'examen de l'article 5 sans remarquer l'espèce de contradiction que présente ici le système de la loi. Les décisions que peut avoir à prendre en pareille matière le conseil de famille sont d'une délicatesse extrême, car elles ont pour base d'ordinaire la confiance accordée au tuteur. Qu'il s'agisse de proroger le délai que la loi impose pour la conversion, d'exempter de cette mesure les titres destinés à une vente prochaine, ou de faire choix du dépositaire des titres conservés, le conseil peut, soit par esprit d'hostilité systématique imposer une conversion inopportune, soit, et ce sera le plus fréquent, par suite d'une confiance aveugle, qui souvent paraîtra fort légitime au cas de tutelle légale, multiplier les exceptions et ne pas oser choisir d'autre dépositaire que le tuteur lui-même. La liberté du conseil de famille n'est pas absolument entière. C'est donc dans ce cas surtout que l'intervention d'un troisième pouvoir indépendant, et soustrait à l'influence de toute question personnelle, aurait pu paraître nécessaire; or la loi qui exige le contrôle du tribunal lorsqu'il s'agit d'aliénation, c'est-à-dire dans un cas où le conseil garde toute son indépendance et n'a à délibérer que sur des questions d'opportunité et d'intérêt matériel, écarte cette garantie au seul cas peut-être où l'on peut avoir à craindre les décisions dictées par les considérations personnelles (1). L'absence de tout contrôle judiciaire dans les questions relatives à la conversion pourra parfois permettre au conseil de famille d'écarter cette formalité dans les cas où elle serait exigée pour l'aliénation ; il n'aura qu'à exempter le tuteur de la conversion et à le laisser en possession des titres ; celui-ci pourra ensuite vendre et négocier les titres sans faire connaître leur origine et faire des deniers l'emploi voulu et prévu par le conseil de famille. L'intervention du tribunal aura été écartée et l'article 2 violé. Lorsque cette

1. Cf. Buchère. Com. loi de 1880, n° 71, p. 64.

Digitized by Google

fraude sera soupçonnée, il restera la ressource de l'article 883 pr. civ.; les membres dissidents pourront recourir contre la délibération et en pareil cas le jugement qui interviendra sera de plus sujet à appel. Il ne peut tomber sous la disposition de l'article 2 qui écarte l'appel prévu par l'article 889 pr. civ.; ni les termes de l'article 2 ni son but ne sauraient en effet justifier cette extension.

245. — § 2. *Mission spéciale du subrogé-tuteur.* — Nous venons de voir la loi imposer au tuteur une obligation presque anormale, dans le seul but d'assurer l'exécution des formalités dont elle veut entourer l'aliénation des valeurs mobilières et l'emploi des capitaux pupillaires. Cette mesure de précaution accessoire est-elle suffisante; et même, pour ce qui est d'elle, qui peut en garantir l'observation? Le conseil de famille n'a aucune initiative par lui-même, il ne peut donc provoquer la conversion que le tuteur néglige d'accomplir. Lorsqu'il s'agit des formalités dont le Code civil entoure les autres actes de gestion tutélaire, il n'était pas indispensable de prendre des mesures préventives pour en empêcher la violation; les conséquences que cette violation entraîne, la nullité qu'elle fait peser sur le sort de l'opération, les dangers dont elle menace les tiers qui y prennent part et le plus souvent le contrôle qu'exerce sur l'acte lui-même les intermédiaires qui doivent concourir à son accomplissement, sont aux yeux de la loi des juges suffisants de l'exécution des prescriptions qu'elle impose. Il en sera encore de même, en fait de valeurs mobilières, pour l'aliénation directe des titres nominatifs; en matière de transferts, la responsabilité des intermédiaires sera la garantie suprême de la loi. Mais il y a des titres qui peuvent se transmettre par simple endossement; et il y a surtout les titres au porteur en présence desquelles la loi se trouve presque impuissante, dont la transmission irrégulière n'est même pas, dans l'application, sanctionnée par la nullité, puisque l'article 2279 la consolide; il y a enfin les prescriptions nouvelles en matière d'emploi, ni les tiers acquéreurs des titres ni ceux qui concourent au placement des capitaux provenant de la vente, ne sont en général responsables de l'emploi : le tuteur obligé de placer les capitaux dans un délai déterminé ne trouve d'autre sanction que la responsabilité pécuniaire quelque peu aggravée dont la loi le charge lui-même; invité par le conseil de famille à faire des deniers tel emploi qui lui a été désigné, il n'a à craindre également contre l'infraction à ces ordres que le recours ultérieur du pupille et peut-être la charge de prendre à son compte le placement irrégulier qu'il aura fait. Dans tous ces cas rien ne vient mettre un obstacle direct, immédiat, reel, à l'opération illégale qu'il peut être tenté d'accomplir; en fait, il restait libre sous sa seule responsabilité, c'était insuffisant.

246. — La loi devait donc intervenir afin de prévenir toute violation

Digitized by Google

possible de ces prescriptions en matière de conversion et d'emploi. On songea d'abord à prononcer contre le tuteur qui les eut violées une sanction rigoureuse ; on dut renoncer bien vite à ce moyen qui eut jeté du discrédit sur des fonctions honorables en elles-mêmes et déjà fort lourdes par les charges qu'elles imposent. C'est alors qu'on proposa d'élargir les pouvoirs de surveillance du subrogé-tuteur et de l'investir de la mission personnelle et spéciale de veiller à l'exécution de la loi. Ce n'était pas là assurément, quoiqu'on ait pu croire, une innovation dans le sens absolu du mot. Car la mission du subrogé-tuteur lui a été conférée par le Code civil d'une façon générale, et elle a même été facilitée par certains pouvoirs spéciaux et armée de la sanction la plus grave, puisque le subrogé-tuteur a le droit et même le devoir de prononcer la destitution du tuteur infidèle ou incapable (1). Il est vrai, que, en dehors de cette sanction suprême, cette mission n'investit le subrogé-tuteur d'aucun contrôle effectif, ni permanent ; il reste désarmé en principe en face des actes isolés que le tuteur peut accomplir ; il n'est pas averti de leur négociation, il ne peut exiger aucune justification propre à démontrer qu'ils ont été précédés des formalités requises ; il ne peut en fait s'opposer d'avance à aucun acte illégal, il est dépourvu de tout moyen d'information et de tout pouvoir d'ingérence. L'unique ressource que le Code lui donne, est une arme d'une gravité telle qu'elle suppose, pour qu'il ose s'en servir, assurément autre chose que des soupçons pour l'avenir, mais de graves préjudices déjà réalisés et peut être la ruine imminente ; elle intervient quand le mal existe, non pour le prévenir. Le Code n'a pas voulu consacrer l'ingérence dans la gestion du tuteur d'une volonté qui, par excès de scrupule, pouvait être systématiquement hostile à celui-ci, et par suite entraver son administration.

247. — C'est ainsi que, relativement aux actes qui nous occupent, le subrogé-tuteur n'aurait pu exiger aucune justification préalable de l'accomplissement des formalités imposées par la loi nouvelle. S'il eut prétendu que la succession contenait des valeurs au porteur, il n'aurait pu provoquer la réunion du conseil de famille destinée à statuer sur la conversion ; il eut été de même incapable de s'immiscer dans l'emploi projeté et de s'assurer qu'il serait fait suivant les prescriptions du conseil de famille. Le Code ne lui donnait aucun pouvoir à cet effet. Mais ne pouvait-on pas élargir la pensée du Code civil ? ne pouvait-on pas, interprétant le principe qu'il avait établi, investir le subrogé-tuteur du supplément de pouvoir qui lui manque ; et déduire les conséquences nécessaires de la mission générale dont il est investi ? Cette proposition trouva cependant des contradicteurs (2), On voyait là une

1. Art. 470 C. civ., 444 Pr. civ., 446, 448 C. civ., et Aubry et Rau, t. I, § 117.
2. Cf. Deuxième rap. de Denormandie. Sénat 17 déc. 1879 (J. O. 26 janv. 1880, p. 780).

Digitized by Google

sorte de bouleversement apporté dans le système général de la tutelle et une interversion de rôle dans les fonctions nouvelles que l'on voulait donner au subrogé-tuteur. Le tuteur doit avoir la plus complète liberté d'allure, tel est le principe ; si l'on veut y faire exception, disait-on, ce ne doit pas être en faisant intervenir son antagoniste naturel ; sinon l'on s'expose à de perpétuels conflits. Que le subrogé-tuteur le surveille de haut, c'est son devoir ; mais qu'il ne s'ingère pas dans l'exécution même des actes de gestion du tuteur : En un mot la résolution, la décision, peut bien être imposée au tuteur, l'exécution doit être libre, indépendante. On allait faire du subrogé-tuteur une sorte de co-tuteur, à l'encontre de tous les principes du Code civil. Il y avait cependant dans ces objections une grande part d'exagération ; car en réalité la proposition ne tendait en rien à donner au subrogé-tuteur aucun droit d'immixtion dans l'accomplissement de l'acte lui-même ; on voulait seulement lui faciliter le contrôle que le Code lui impose, et à cet effet on demandait seulement : qu'il pût exiger certaines justifications préalables ; qu'il pût, au cas de violation de la loi déjà consommée ou simplement menaçante, provoquer la réunion du conseil de famille pour le mettre à même de prendre les mesures les plus urgentes en pareil cas : on voulait qu'il pût en un mot recourir à l'assemblée de famille, autrement que pour demander la destitution du tuteur (1). Ces deux pouvoirs ne constituaient pas une ingérence dans l'exécution de l'acte lui-même, mais l'exercice d'un simple rôle de surveillance, restreint à l'observation stricte des formalités de la loi. Ce sont les deux seuls droits que la loi nouvelle confère au subrogé-tuteur ; voyons comment ils fonctionnent.

248. — Le devoir nouveau que la loi de 1880 impose au subrogé-tuteur l'obligera à l'ouverture de la tutelle à veiller à ce que le tuteur opère, dans le délai prescrit, la conversion des titres au porteur. Si celui-ci négligeait cette obligation, le subrogé-tuteur ne serait certainement pas apte à la requérir lui-même, mais il devrait provoquer la réunion du conseil ; et ce dernier prendrait alors les mesures qu'il jugerait utiles. Il en sera de même pour les titres au porteur qui peuvent advenir au pupille au cours de la tutelle. Le point délicat sera de pouvoir s'assurer de l'existence même des valeurs de ce genre qui peuvent appartenir ou échoir au pupille. Le subrogé-tuteur pourra sans doute, à l'ouverture de la tutelle, n'accepter les fonctions qui lui sont offertes qu'après qu'il lui aura été donné connaissance exacte de la fortune du pupille ; de même, étant légalement appelé aux opérations de comptes, liquidations, partages et inventaires qui interviennent à propos des successions échues au mineur, il sera toujours à même de découvrir l'existence des titres au porteur qui lui adviendront de ce chef.

1. Rap. de Jozon, 29 mars 1879 (J. O. 7 avril 1879), Buchère n° 100, p. 103.

Digitized by Google

Mais il peut se faire que le tuteur légal, par exemple, ait dissimulé des papiers ; le subrogé-tuteur ne sera plus responsable d'avoir ignoré l'existence de titres qu'il n'a pu soupçonner ; il peut arriver encore que le tuteur accepte en paiement des créances du pupille, des titres qui lui sont remis par le débiteur sans que le subrogé-tuteur en soit informé. Pourrait-il, en prévision de cette éventualité, exiger que le remboursement des capitaux échus ait lieu en sa présence ? Évidemment non, et le tribunal lui-même ne pourrait lui accorder ce droit, lequel constituerait une véritable immixtion contraire à la pensée des auteurs de la loi (1). Ici encore il ne serait responsable que s'il était prouvé qu'il a connu, ou aurait pu connaître l'existence des titres donnés en paiement. La preuve de la négligence en cette matière pourra être assez facilement fournie si la dette est payée à l'échéance. Le subrogé-tuteur averti ainsi de l'éventualité du paiement, devait exiger toutes les justifications néces-aires et se renseigner sur la façon dont il avait été opéré ; cette exigence eût été légitimement basée sur le devoir qui lui est imposé de surveiller l'emploi des capitaux provenant du recouvrement des dettes. Ajoutons que si des titres ont été exemptés de la conversion et que le dépôt en ait été prescrit par le conseil de famille, le subrogé-tuteur devra veiller à ce qu'il ait lieu dans les conditions précisées ; sinon il pourrait déférer au conseil de famille le tuteur qui s'écarterait des prescriptions fixées. Sa mission pourra s'exercer aussi à propos de l'aliénation des valeurs. Sans doute, il n'est pas présumable que le tuteur puisse jamais trouver un agent de change qui se prête à une vente irrégulière ; mais il peut arriver que, pour tourner la loi, il s'adresse à un autre intermédiaire ; il n'en a pas le droit. Le subrogé-tuteur devra donc y veiller.

249. — Mais le point le plus spécialement visé par les auteurs de la loi se réfère surtout à l'emploi des capitaux. Nous n'avons pas à parler de celui qui doit être fait des deniers disponibles en dehors de ceux provenant de l'aliénation des valeurs mobilières ; et, pour ces derniers, nous savons déjà que l'intervention du subrogé-tuteur est la seule garantie véritable de l'exécution des mesures prises à ce sujet par le conseil de famille ; c'est le lieu d'examiner de plus près en quoi cette garantie consiste réellement. Un premier point certain c'est que le subrogé-tuteur ne pourrait pas, en intervenant lors de la demande d'homologation, demander au tribunal de prescrire telle mesure destinée à l'avertir lui-même du paiement du prix et à lui faciliter sa mission (2). Toute intervention qui constituerait une immixtion dans la gestion du tuteur doit être réprouvée. Mais s'il ne doit pas opérer le pla-

1. Trib. Seine, 2 avril 1881. *Gaz. Trib.*, 5 juin 1881.

2. Cf. Trib. Seine, 2 avril 1881. *Gaz. Trib.*, 5 juin 1881. La Loi, 31 oct. et 1er nov. 1881,

Digitized by Google

cement lui-même conjointement avec le tuteur, il a le droit d'exiger la preuve du paiement du prix par l'agent de change qui a conclu la vente; et, cette preuve acquise, la justification de l'emploi conforme aux injonctions du conseil de famille. Si le tuteur tarde à se soumettre aux conditions qui lui sont imposées, ou s'il les viole, le subrogé-tuteur devra encore, en pareil cas, s'adresser au conseil de famille qui prendra telles mesures qui lui paraîtront nécessaires pour l'exécution de ses ordres.

Il est un procédé souvent plus sûr et plus expéditif qui consisterait à avertir les tiers qui doivent participer à l'emploi irrégulier de la fraude à laquelle ils vont prêter les mains. Nous avons dit ailleurs que le placement même fait en dehors des prescriptions imposées restait valable, à moins que les tiers avec lesquels il a été conclu aient connu l'origine des deniers, et soupçonné le mauvais emploi qui en était fait. Les révélations du subrogé-tuteur suffiront-elles à engager toujours, et sans autre preuve, leur responsabilité? Cette solution fournirait à coup sûr un moyen très-efficace, le seul possible dans bien des cas, d'empêcher, par la crainte de ses conséquences, un emploi irrégulier. Cependant, à la donner comme une règle absolue, on consacrerait le droit formel du subrogé-tuteur de s'opposer directement aux actes du tuteur et de mettre obstacle à sa gestion. La contradiction ne peut exister de l'un à l'autre, au sujet d'un acte à accomplir; entre eux, la lutte directe ne peut s'établir, et l'opposition du subrogé-tuteur doit passer par l'intermédiaire du conseil de famille; sinon le système de l'administration tutelaire, tel qu'il est établi par la loi, serait entièrement modifié. Sans doute, au cas qui nous occupe, les tiers pourront être rendus responsables de n'avoir pas cherché confirmation des assertions du subrogé-tuteur; mais ce que nous nions, c'est que cet avertissement puisse suffire à lui seul, en dehors de toute autre circonstance de fait et sans exception, pour les constituer responsables du placement auquel ils auront coopéré et les soumettre *ipso facto* au recours du pupille.

250. — La loi nouvelle ayant précisé certains cas d'application tout spéciaux de la mission jadis très vague conférée par le Code au subrogé-tuteur, il suit que la responsabilité de ce dernier se trouve plus particulièrement engagée au point de vue du rôle nouveau qu'il a à remplir; mais il est bon de rappeler quelles en seront les limites: exiger les justifications qui peuvent être nécessaires pour établir l'accomplissement par le tuteur des prescriptions de la loi, et, en cas de non-exécution, réunir et avertir le conseil de famille; là se borne sa responsabilité. Elle ne s'étend jamais à l'acte lui-même accompli par le tuteur, dès qu'il est démontré que les formalités requises ont été remplies; car le subrogé-tuteur n'a pu prendre part à son exécution. Il est tel emploi qui bien que régulièrement fait peut constituer une faute et

Digitized by Google

engager la responsabilité du tuteur, il n'engagera jamais celle du subrogé-tuteur. Ainsi le conseil de famille a prescrit un placement hypothécaire ; le tuteur par imprudence accepte une hypothèque sur des biens déjà frappés d'hypothèque légale ; le subrogé-tuteur, s'il fût intervenu au placement, aurait peut-être soupçonné l'existence de celui-ci pu et s'opposer à l'emploi ; peu importe, il n'avait plus à suivre l'exécution de l'acte, dès que le placement se trouvait rentrer dans la catégorie de ceux qui avaient été prescrits. Il en serait de même si le conseil ayant indiqué l'achat d'obligations de chemin de fer, sans autre désignation spéciale, le tuteur achetait des titres, non des grandes compagnies, mais de quelque société périclitante chargée de l'exploitation d'un réseau sans importance.

251. — Ajoutons en terminant que le subrogé-tuteur a le devoir d'exercer ce rôle de surveillance quelle que soit la qualité du tuteur ; et que pas plus pour cette disposition nouvelle que pour les autres il n'est fait exception pour le cas de tutelle légale du père ou de la mère. Cela ressort de la généralité du texte, de la discussion et de l'esprit de la loi déjà plusieurs fois constaté.

Appendice. — *Application de la loi aux tutelles administratives.*

252. — La loi du 27 février 1880 s'applique à toutes les tutelles quelle que soit la qualité du tuteur ; cela est vrai tout aussi bien des tutelles administratives organisées en faveur des mineurs confiés à la garde de l'assistance publique ou des administrations hospitalières (art. 8). La situation de ces mineurs, enfants trouvés, abandonnés ou orphelins, placés dans les hospices ou autres établissements publics est réglée pour Paris par la loi du 19 janvier 1849, et pour les autres administrations hospitalières par celle du 15 pluviôse an XIII (1). La tutelle de ces enfants est confiée soit au directeur de l'assistance publique, soit à un membre des commissions administratives désigné par elles. Il n'y avait aucune raison pour dispenser ces tuteurs de l'application des formalités de la loi. Un seul point restait à déterminer : les enfants trouvés ou abandonnés n'ont point de famille. Fallait-il composer cette assemblée d'étrangers d'après l'article 4 et soumettre le directeur de l'assistance ou le tuteur choisi par les commissions administratives à un contrôle de ce genre ? Ne valait-il pas mieux, adoptant l'exemple de la loi de pluviôse an XIII, donner à ces enfants pour conseil de tutelle les administrateurs mêmes des hospices où ils ont été élevés ? C'est ce dernier parti que la loi adopta avec raison, déclarant dans son article 8 que les fonctions attribuées aux conseils de famille seraient en pareil cas exercées par le conseil de surveillance de l'administration de l'assistance publique, ou par la réunion des membres des commissions administratives. Ce même

1. Cf. Duverg. Col. de lois, t. 15. p. 129 et t. 49, p. 6.

Digitized by Google

article 8 règle l'application de la loi aux aliénés non interdits ; mais il nous semble préférable, afin de ne pas scinder la catégorie qui nous occupe, d'achever l'étude de notre matière en ce qui regarde les différents mineurs et de consacrer une section spéciale aux incapables pour cause de démence.

253. — Nous nous contenterons de rappeler, en achevant l'étude de la loi de 1880, et de mettre en relief ces deux points nouveaux qui constituent la seule innovation vraie apportée dans le rôle respectif des différentes autorités à qui le code civil a confié les intérêts des mineurs : L'initiative restreinte confiee aux conseils de famille et la mission de surveillance spéciale dont est chargé le subrogé-tuteur. Pour tout le reste, la loi a suivi le système de protection qu'elle a trouvé complètement établi par le Code civil, elle lui a emprunté ses formalités. Si nous avons cru devoir critiquer l'exigence de l'homologation de justice, ce n'est certes pas par suite d'une appréciation trop légère de l'importance attribuée aux aliénations de valeurs mobilières, mais bien au contraire en considération des nécessités spéciales de simplification et de célérité que ces actes réclament. La loi a voulu admettre en tous points, souvent même dépasser, le système de garanties qui entoure la fortune immobilière ; c'était d'une bonne intention, et la réforme était depuis longtemps attendue, peut-être a-t-elle été seulement quelque peu exagérée dans le sens que nous avons indiqué ; mais à coup sûr elle ne dénote dans son ensemble aucun esprit nouveau. Ce qui par conséquent caractérise le système de la loi et lui donne quelque originalité, ce sont uniquement les deux points que nous venons de signaler. Il y a là une double limite apportée à la liberté du tuteur, la première au libre choix de ses actes et la seconde à leur libre exécution. Jusque là l'exception n'a pas atteint la mesure où elle pourrait devenir une entrave, et il est à penser que dans cette limite restreinte, ce rôle nouveau pourra être utilisé encore avec fruit ; espérons qu'il le sera avec la même délicatesse et que dans la suite on ne s'autorisera pas à faux de la loi du 27 février 1880 pour faire dévier ces deux autorités, le conseil de famille et le subrogé-tuteur, du rôle que le Code civil leur a prescrit dans l'ensemble de notre système tutélaire.

SECTION III

DU PÈRE ADMINISTRATEUR LÉGAL.

254. — La loi de 1880 et la garantie dont elle entoure l'aliénation des valeurs mobilières s'appliquent expressément à une seule catégorie de mineurs, ceux qui sont en tutelle ; ce qui implique forcément le décès de

Digitized by Google

l'un de leur père ou mère. Il est vrai que pour ceux-ci surtout, il était urgent de prendre les mesures depuis si longtemps réclamées; car dans la réalité des choses, il n'est guère de mineurs qui possèdent des biens personnels avant le décès de leurs parents; la succession paternelle ou maternelle est d'ordinaire le premier élément de fortune qui leur advienne. Cependant, s'il en est ainsi le plus souvent, il arrive aussi que des biens peuvent être acquis en propre par des mineurs, du vivant même de leurs père et mère. Ils peuvent avoir été l'objet d'un legs ou d'une donation et si cette libéralité comprend des valeurs mobilières, nous avons à nous demander à quel régime elles seront soumises.

255. — Ces mineurs sont assurément des incapables ; mais le système de la loi à leur égard n'est plus celui que nous avons vu organisé pour la protection de ceux qui sont en tutelle. Tant que dure le mariage, la loi ni les mœurs, n'ont pu admettre qu'en présence du père et de la mère tous deux vivants, s'élevât une autorité étrangère chargée de conserver et d'administrer le patrimoine de leurs enfants. Le père étant investi de la puissance paternelle, c'est à lui seul, comme une dépendance et un attribut de son autorité, que la loi a remis le soin des intérêts pécuniaires de l'enfant. Il a de plus l'usufruit de tous les biens qui appartiennent à ce dernier ; mais il ne faudrait pas croire que cette prérogative dérivât, comme un simple corollaire, de ses fonctions d'administrateur, et que ses pouvoirs de gestion ne lui fussent accordés qu'en vertu et en vue de son droit de jouissance. Ce serait une erreur manifeste qui pourrait conduire à limiter d'une façon assez étroite des pouvoirs qui, au contraire, doivent être fort larges. Le père est administrateur avant tout dans l'intérêt de ses enfants. De lui, on peut dire ce qui est écrit au frontispice de l'administration tutélaire : il représente ses enfants mineurs dans tous les actes de la vie civile (art. 450). Entre ces deux administrations, l'analogie, d'autres ont dit l'assimilation, est presque complète ; aussi aurait-on pu comprendre qu'à propos des valeurs du pupille, le législateur s'occupât de celles qui peuvent échoir au mineur soumis à l'administration légale.

256. — On avait d'ailleurs proposé de l'admettre d'une façon générale et de faire purement et simplement à notre matière l'application de la loi nouvelle. C'eût été assimiler deux situations qui dans l'esprit de nos lois sont essentiellement distinctes. La pensée qui a constamment guidé le législateur français est que, du vivant de ses père et mère, l'enfant mineur trouve dans la présence simultanée de ses deux protecteurs naturels des garanties assez sérieuses pour qu'aucune atteinte ne soit portée à l'étendue légitime de la puissance paternelle. On croit que si le père peut être tenté d'abuser des pouvoirs qui lui sont conférés, s'il lui arrive de vouloir se servir dans son

Digitized by Google

intérêt exclusif, et au détriment de l'avenir même de ses enfants, de l'administration qui lui est confiée, la mère qui est à ses côtés un observateur attentif et le gardien vigilant des intérêts et des droits de ses enfants, saura prévenir et empêcher des actes de gestion qui pourraient être funestes. En tout cas, l'État ne s'est pas cru le droit, lorsque la famille existe tout entière et que le contrôle le plus sûr et le plus éclairé se rencontre à côté du mandataire le plus dévoué, il ne s'est pas reconnu le droit de s'ingérer d'une façon directe et permanente dans l'exercice de la plus haute de toutes les autorités. Lorsque au contraire, l'un des père et mère vient à disparaître, le contrôle n'existe plus à côté de l'administrateur; ce dernier acquiert même le plus souvent, et par la force des choses, des intérêts opposés à ceux de ses enfants; quelquefois enfin, un second mariage peut, à la place de la surveillance tendre et dévouée qui a disparu, introduire une influence étrangère dont la loi devrait légitimement se défier dans l'intérêt des enfants eux-mêmes. Telles sont les deux idées qui ont constamment guidé le législateur et créé entre deux situations si voisines des différences considérables. On peut critiquer ce qu'elles peuvent avoir de trop absolu, on ne peut nier que l'assimilation n'ait été formellement repoussée et ne doive être contraire à notre système législatif. D'un autre côté, s'il ne pouvait y avoir identité de protection, il était impossible que l'État se désintéressât complètement des intérêts des mineurs ayant encore leurs père et mère vivants. Bien souvent, en effet, le fait même que l'enfant possède des biens en propre peut suffire à soulever quelque défiance à l'égard du père administrateur; il n'est pas rare, par exemple, de voir des grands parents léguer à leurs petits-enfants leur quotité disponible par crainte de voir leur fortune entière dissipée ou compromise par leur propre fils.

Ce cas mis à part, le père, si dévoué soit-il, peut être malhabile; ses spéculations, quoique bien intentionnées, peuvent être imprudentes. Et quant au contrôle de la mère en matière d'intérêts pécuniaires, il sera souvent fort peu sérieux et toujours difficile; en cas de désaccord elle n'a en tout cas aucun moyen de faire prévaloir son influence: il était donc impossible de laisser le père seul disposer en maître de la fortune de ses enfants. Dans quelles limites cependant et de quelle façon devait alors s'exercer le contrôle de l'État? Comment concilier son ingérence avec la plénitude du pouvoir que la loi a voulu conserver au père pendant le mariage? Ce sont des questions délicates que nous toucherons plus tard; mais que certainement et en toute matière la loi a entendu résoudre d'une façon différente qu'elle ne l'a fait à propos de la tutelle. Il était donc impossible à propos d'un acte quelconque de créer sur un point une assimilation qui eût dérogé à la pensée fondamentale du Code civil. M. Denormandie n'eut aucune peine à démontrer ce que

Digitized by Google

cet empiètement de la loi nouvelle aurait eu d'anormal et d'incohérent (1).

257. — La proposition repoussée en ce qu'elle avait de général, elle fut reprise pour quelques cas particuliers dans lesquels la confiance accordée au père administrateur pouvait se trouver légitimement ébranlée. M. Gazagne, lors de la seconde délibération au Sénat, proposa d'étendre les garanties de la loi à l'administration légale, dans les cas de séparation de corps prononcée contre le père administrateur, de séparation de biens, de faillite ou déconfiture et d'expropriation. Dans le premier cas, le contrôle de la mére auquel la loi attache une si grande importance, peut se trouver fort entravé, et dans les autres l'incapacité que ces situations révèlent autorisait la loi à se montrer plus soucieuse de l'intérêt des enfants. Ici même l'amendement eût constitué une sorte d'empiètement législatif dans une matière qui pouvait réclamer des modifications d'ensemble, mais ne pouvait être traitée par menu détail, sans esprit de suite et d'une façon qui eût risqué d'être incohérente. M. Cazot, alors Ministre de la justice et Garde des sceaux, fit à la tribune cette remarque opportune, en l'accompagnant de la promesse aujourd'hui réalisée de soumettre aux chambres un projet de réglementation générale de l'administration légale. L'amendement fut retiré. Ainsi la loi de 1880, dans aucune de ses parties, ne s'applique aux enfants mineurs du vivant de leurs père et mère. Cette affirmation a été renouvelée d'une manière plus expresse encore dans un document qui n'est pas sans importance, la circulaire explicative de la loi adressée aux procureurs généraux par M. le Garde des sceaux. Mais ici le ministre va plus loin. Il conclut du silence de la loi nouvelle et de l'abrogation générale et absolue de la loi de 1806, que le père administrateur pourra désormais aliéner seul les valeurs mobilières de ses enfants (2). Quelle que soit la haute autorité de M. Cazot, alors Garde des sceaux et Ministre de la justice, nous ne nous croyons cependant pas absolument liés par les termes d'une simple circulaire ministérielle, interprétative de la loi. La vérité est que la question doit se résoudre d'après les principes généraux en matière d'administration légale et les éléments que fournit le Code civil. Ces éléments sont, à n'en pas douter, fort restreints, et de leur insuffisance a pu naître une variété de systèmes quelque peu désespérante. Or parmi ces interprétations diverses, M. Cazot, comme jurisconsulte et comme ministre, fait choix de celle qui lui paraît au moins la plus simple et l'indique aux magistrats placés sous son autorité ; la solution qu'il donne n'a pas d'autre valeur et ne nous dispense en rien d'étudier la question en nous plaçant au regard des textes et des principes du Code civil.

1. Duverg. Col. des lois, an. 1880, p. 49, note.
2. Voir la circul. dans Duverg. *loc. cit.* p. 58, not. 3, et p. 60, note.

Digitized by Google

258. — Cette étude ne doit avoir qu'un intérêt, fort limité dans sa durée, puisque la chambre des députés a été saisie d'un projet de réglementation générale de l'administration légale et que notre question paraît être sur le point de se trouver résolue. Cependant si l'on juge d'après quelques exemples récents, celui même que nous a offert l'élaboration de la loi de 1880, surtout si l'on prête l'oreille aux rumeurs politiques qui semble avoir banni pour quelque temps encore de nos assemblées le calme et la haute tranquillité qui peuvent seuls permettre la discussion de simples lois d'intérêt privé, on nous permettra d'avoir émis quelque doute sur l'empressement de nos législateurs à prêter à la proposition déposée, depuis déjà plus d'un an, leur bienveillante attention. Il n'est donc pas inutile, en attendant, de rechercher quelle doit être la solution actuelle de la question.

259. — L'incertitude qui l'entoure a son origine dans le texte même qui pose le principe de l'administration légale. Le Code civil ne consacre à cette matière qu'un seul article; lequel, étant fort incomplet, ne comprend qu'un seul mot sur lequel on puisse fonder une théorie juridique; il déclare le père, durant le mariage, *administrateur* des biens de ses enfants. D'un autre côté, il est placé sous le titre même de la tutelle et semble indiquer par son silence que le législateur veuille se référer aux règles qui vont être tracées pour l'administration des biens du mineur. De cette induction assez légitime en apparence, un système aujourd'hui abandonné, avait voulu déduire une assimilation complète entre la tutelle et l'administration légale. Réglant les pouvoirs du père sur ceux du tuteur, il les soumettait tous deux au même contrôle et à la même responsabilité; à côté du père administrateur, on voulait établir un conseil de famille, investi du rôle d'initiative, si restreint, soit-il, dont il jouit sous la tutelle; un subrogé-tuteur chargé d'une surveillance permanente; et, comme conséquence, on frappait les biens du père de l'hypothèque légale (1). Dans cette opinion, les pouvoirs du père, quant à l'aliénation des valeurs mobilières, devraient être exactement ceux qui appartiennent au tuteur, non pas tels qu'ils ont été réglés par le Code civil, mais avec toutes les modifications qui peuvent y avoir été apportées par la suite; car ce n'est pas une assimilation qui puisse se borner à une identité temporaire, mais dont le parallélisme doive suivre toutes les fluctuations émanant des réformes ultérieures. Aussi, parut-il légitime d'appliquer au père administrateur la distinction créée par la loi de 1806 et le décret de 1813. J'ajoute même que ce système, s'il existait encore, devrait en dépit de l'attestation contraire du rapporteur de la loi de 1880, soumettre le père administrateur aux restrictions que cette loi a imposées au tuteur. Légale-

1. Cf. Persil. Rég. hypoth.

Digitized by Google

ment sans doute et par elle seule, la loi nouvelle ne s'applique pas au père administrateur, mais rien n'empêche de l'étendre à son administration elle-même, si l'on pense que le Code civil a entendu que celle-ci fût réglée, même dans l'avenir, sur le modèle de l'administration du tuteur, et qu'elle bénéficiât de toutes les réformes dont celui-ci serait susceptible. Nous savons déjà ce que cette confusion entre la tutelle et l'administration légale pourrait avoir de contraire à nos mœurs et à l'esprit des rédacteurs du Code civil. Nous avons indiqué la ligne de démarcation que ceux-ci avaient voulu tracer entre ces deux situations ; il nous suffira de renvoyer aux termes mêmes des déclarations consignées dans les observations du Tribunal et aux paroles de Berlier sur ce sujet (1).

260. — Ce système abandonné, on en a, je ne dirai pas inventé, mais tout au moins délicatement élaboré un second qui lui touche de bien près, et qui, malgré quelques nuances un peu subtiles, tend à prévaloir aujourd'hui. De l'aveu de tous, les pouvoirs du père ne sauraient être absolus ; le Code l'appelle un simple administrateur. Cette administration exige donc une réglementation spéciale. Nous savons aussi qu'entre elle et celle du tuteur il ne saurait y avoir identité, ce sont là deux points certains entre lesquels doit se placer la solution vraie ; mais il en est un troisième non moins certain, si l'on se reporte à l'historique du texte et que l'on envisage exactement la place qu'il occupe. C'est que, en effet, cette réglementation jugée nécessaire, ne se trouve nulle part tracée d'une façon spéciale ; or un pareil oubli serait inexplicable si le titre même qui domine cet article n'indiquait clairement le but du législateur. Le père n'est pas un tuteur en ce sens que les précautions minutieuses de surveillance dont la loi entoure les fonctions de celui-ci ne lui sont pas applicables ; mais il est, d'après le texte, un administrateur assimilé au tuteur ; c'est donc que ses pouvoirs doivent être réglés d'après ceux mêmes de l'administration tutélaire Cette distinction a été résumée par M. Demolombe dans les deux propositions suivantes : 1° Les dispositions qui gouvernent la tutelle proprement dite, considérée surtout comme tutelle, ne seront pas applicables à l'administration légale ; 2° celle au contraire qui, bien que placées au titre de la tutelle, n'ont rien de précisément spécial et exceptionnel, mais qui sont plutôt des règles générales et de droit commun, dont la raison appelle l'application à toute administration similaire, doivent êtres étendues par voie d'analogie, et d'après l'intention présumée du législateur, à l'administration légale. On appuie cette opinion sur un article du projet présenté par la section du Tribunat lequel, quant à l'administration des biens du mineur, ren-

1. Locré L. civ., t. VII, p. 215, Fenet. t. X, p. 639.

Digitized by Google

voyait aux règles qui seraient édictées en matière de tutelle ; cet article ne fut pas reproduit ; on a craint qu'en exagérant sa portée réelle, on voulût en déduire une assimilation complète avec l'organisation de la tutelle. Mais la pensée qui l'avait inspiré a été maintenue et elle se révèle par l'insertion des principes mêmes de l'administration légale au titre de la tutelle ; on a supposé que cette place suffirait à en déterminer le caractère sans qu'il fût besoin d'un renvoi équivoque à la section suivante.

Ceci posé, les auteurs du système écartent de l'administration du père toute entrave, et tout contrôle ayant un caractère permanent ; telle que la subrogée-tutelle ou l'hypothèque légale. On n'exige pas que par le fait même que des biens personnels sont acquis à l'enfant, un conseil de famille soit convoqué pour prendre les mesures indiquées en pareil cas au début de la tutelle. Le père en principe reste libre. Mais s'il veut à propos des biens accomplir par la suite un acte qui ait en matière de tutelle le caractère d'acte d'aliénation, il doit alors se soumettre pour son exécution aux formalités qui seraient exigées du tuteur. Ainsi donc la délimitation toujours si délicate et variable des actes de gestion qui peuvent rentrer dans les pouvoirs du simple administrateur, devra être modelée ici d'après celle que le Code a tracée en matière de tutelle ; pour savoir si tel acte du père relatif aux biens de ses enfants est un acte d'administration rentrant dans ses pouvoirs il suffira de savoir, si, d'après les textes du Code civil, cet acte pouvait être accompli par le tuteur sans autre formalité.

261. — De tout ceci on doit conclure que l'article 452 en tant qu'il remet au conseil de famille le droit de déterminer les meubles du mineur qui doivent au début de la tutelle être soustraits à la vente obligatoire, ne s'applique pas au père administrateur ; mais en tant qu'il pourrait avoir pour objet d'établir par la suite le principe de la liberté absolue du tuteur en matière de vente des meubles incorporels, il se trouverait par lui-même avoir tracé les pouvoirs du père administrateur à cet égard. C'est en cela que l'étude de l'article 452 peut avoir encore aujourd'hui une grande portée pratique ; si l'on reconnaît qu'il ait pour objet de ranger la vente des valeurs parmi les actes d'administration permis un tuteur, il faudra la permettre tout aussi librement au père administrateur. Et cette fois les modifications qui ont pu atteindre l'article 452 dans ses dispositions premières ne peuvent plus réagir sur les pouvoirs du père. Car ceux-ci ont été une première fois fixés d'une manière invariable sur ceux du tuteur avec la plus complète indépendance pour l'avenir. Toute idée d'assimilation permanente absolue devant se poursuivre au cours des modifications ultérieures a été repoussée et démontrée fausse. Les dispositions nouvelles qui ont trait au tuteur ne sauraient modifier les pouvoirs du père administrateur que s'il est fait à ce

Digitized by Google

sujet mention expresse. Aussi la plupart des auteurs se sont-ils constamment opposés à la prétention du trésor d'appliquer au père administrateur la loi de 1806 et le décret de 1813 (1); la jurisprudence elle-même avait fini par rejeter cette assimilation inadmisible (2); et M. Cazot, s'il approuvait le système de la majorité des jurisconsultes, n'avait nul besoin d'arguer de l'abrogation de la loi 1806, pour reconnaître au père administrateur le droit d'aliéner librement les valeurs mobilières de son enfant mineur (3). Pour nous, si nous pensions devoir adopter ce système, il nous suffirait d'appliquer les solutions que nous avons données comme étant alors celles du Code civil; c'est-à-dire que nous exigerions pour la vente de ces valeurs par le père l'autorisation pure et simple du conseil de famille convoqué dans ce but spécial. Quant à la majorité des auteurs elle se contente d'invoquer l'article 452 pour laisser au père toute liberté à ce sujet. Et si l'on objecte à M. Demolombe que ce résultat est contradictoire avec le principe par lui reconnu que le père n'est qu'un administrateur, il invoque le caractère si flottant et si divers de la notion des actes d'administration. Il y a en effet administration et administration : il peut se faire que vendre une action de la banque soit devenu un acte d'aliénation pour le tuteur depuis 1813, qu'aliéner même une simple action industrielle soit également un acte de disposition pour l'envoyé en possession provisoire des biens de l'absent et que le même acte soit cependant qualifié d'administration pour le père. La femme mariée, séparée de biens, tout en reprenant l'administration de ses biens, n'a-elle pas la libre disposition de tout son mobilier? A quoi MM. Aubry et Rau ajoutent, en vue de l'analogie, que le mari administrateur des biens de sa femme a également le droit d'aliéner les meubles qui sont propres à celle-ci.

262. — Ce rapprochement entre le mari gérant le patrimoine personnel de sa femme et le père administrant celui de ses enfants a été souvent reproduit. Ces deux sortes de pouvoirs trouvent également leur origine dans le sentiment d'affection qui unit l'administrateur à celui dont il gère les biens ; en dehors même de cette considération, ils puisent plus haut encore leur origine, ils dérivent d'une sorte de droit supérieur indispensable à la constitution et à l'unité de la famille lequel fait de celui qui l'exerce moins le bénéficiaire d'une faveur spécial, que le suzerain légitime du patrimoine dont on ne lui laisse que l'administration.

Cette comparaison est exacte sur certains points ; mais si nous l'acceptons, il nous sera permis au moins de nous en prévaloir contre ceux même

1. Cf. Demol. t. VI, n° 446, 447, Aubry et Rau, t. I, § 123, not. 40.
2. Aff. des mineurs Faure trib. Seine, 17 déc. 1876.
3. Cf. Léon Michel, *loc. cit.*, n° 83, p. 212.

Digitized by Google

qui l'invoquent avec tant d'à propos. Le mari est un administrateur dont les pouvoirs sont restreints, nous croyons même qu'ils le sont beaucoup plus que ne le pensent M. Aubry et Rau, et qu'il n'a pas toute liberté au sujet des valeurs mobilières personnelles à la femme; mais quoi qu'il en soit, nous ne verrons pas que nulle part il doive aller chercher auprès d'autorités étrangères, le supplément de capacité qui lui manque; les considérations d'unité *familiale* que l'on donne comme le fondement de ses pouvoirs suffisent à écarter l'ingérence d'autrui. Tout au contraire en ce qui touche le père, le système que nous étudions, après s'être longuement appesanti sur la nécessité dans les deux cas, de respecter le droit souverain de l'administrateur et d'écarter toute surveillance et toute entrave venant du dehors, en arrive à appliquer à l'administrateur légal, au père, chef de famille, tout le cortège des formalités défiantes que le Code a dû édicter contre le tuteur lui-même.

263. — Le conseil de famille, on le repousse, dit-on, en tant qu'institution permanente; mais s'agit-il d'exercer un de ces actes mixtes qui se présentent infailliblement au cours de toute administration, le père doit s'adresser à ce même conseil de famille qui en principe ne doit pas avoir d'existence. S'agit-il d'actes plus graves, cette première formalité ne suffit plus, c'est au tribunal qu'il faut recourir; enfin si l'on suppose une transaction, nous verrons s'ajouter à cet ensemble de précautions minutieuses, l'obligation de prendre avis de deux jurisconsultes (art. 467): ces conclusions nous étonnent; et en présence de ces conséquences, il nous est impossible de saisir, tout au moins au point de vue théorique, la nuance imperceptible qui sépare ce système du premier. On commence par repousser toute assimilation de principe entre l'administration du père et la tutelle; comme corollaire, on supprime le conseil de famille; et dès qu'il s'agit d'un acte ayant quelque importance, on oblige le père à s'adresser à ce même conseil auquel on a voulu le soustraire; à donner de son plein droit une existence, une réalité éphémère à une institution que l'on prétend avoir été écartée. Il paraît cependant qu'il y a une nuance; le conseil, dit-on, n'est plus permanent et n'exerce aucune surveillance directe; en principe, il n'existe donc pas; si le père est obligé d'y recourir, c'est qu'il l'a bien voulu, il n'avait qu'à s'abstenir de tout acte d'aliénation. Cette nuance n'est cependant que subtile. D'abord ne s'abstient pas qui veut des actes d'aliénation; il y en a qui s'imposent, ne serait-ce qu'au cas de succession échue au profit du mineur; d'ailleurs au point de vue de l'intérêt de celui-ci, et de la responsabilité même du père administrateur, il en est ainsi de tous ceux dont l'exécution devient urgente ou même simplement utile; le recours au conseil de famille n'est donc pas facultatif, comme on le prétend. Et quant

Digitized by Google

à cette distinction entre un conseil permanent et un conseil transitoire, exceptionnel, convoqué seulement pour une mission spéciale et délimitée, il est impossible d'en trouver trace dans le Code civil. Il n'y a pas en matière de tutelle un conseil permanent, exerçant sur le tuteur une surveillance directe, et possédant une véritable initiative; pas plus dans ce cas que dans celui d'administration légale, il n'est convoqué autrement que pour une mission restreinte, et pour se prononcer à l'occasion d'actes dont il n'a pas eu l'initiative. Aussi quand la loi nouvelle lui eut accordé le droit d'indiquer lui-même l'emploi des capitaux provenant de l'aliénation des valeurs, on s'accorda pour saluer cette décision comme une décision heureuse, mais très réelle, presque comme une dérogation au système traditionnel. Sans doute, dans quelques cas fort restreints, le Code civil a donné au conseil de famille le droit de prendre certaines mesures de sa propre inspiration; ces cas ne se présentent qu'au début de la tutelle, quand il s'agit de l'organiser et de fixer l'assiette du patrimoine; il est évident qu'il ne pouvait en être question, à propos de l'administration légale, qui ne débute pas par un fait public, et commence dès l'instant même où l'enfant possède le moindre bien. Ces quelques cas qui de toute nécessité doivent être ici mis de côté, présenteraient donc la seule différence entre un conseil prétendu permanent, et un conseil provisoire et exceptionnel; de sorte qu'à vrai dire, le conseil de famille, si on l'impose au père durant le mariage, se trouvera jouer à son égard un rôle à peu près identique à celui qu'il remplit auprès du tuteur; et qu'il semble alors bien inutile de proclamer si haut que cette institution en principe a dû être ici écartée comme une atteinte aux droits du père de famille. On a beau prétendre que son avis sera nécessaire pour éclairer la décision du tribunal; la vérité est que de droit commun la loi a dans la sagacité des magistrats une confiance suffisante pour n'appeler à leur aide, le secours d'aucune autre lumière; il en est ainsi au cas de l'héritier bénéficiaire, du mari aliénant l'immeuble dotal, et dans bien d'autres circonstances.

264. — Ce qui est vrai c'est qu'en pareille occasion cette ingérence n'est qu'une superfluité et une gêne contraire à tous les principes; on la comprend en fait de tutelle même legale; car en ce dernier cas l'une des branches seulement de la famille se trouve représentée dans la personne du tuteur. Dans notre espèce, la famille existe encore dans son unité la plus intime et la plus complète; ne serait-ce pas un outrage au droit des père et mère, quand tous deux existent et sont d'accord, que d'appeler, au nom de leurs enfants mineurs, des parents éloignés, peut-être des étrangers pour contrôler les décisions prises dans l'intérêt de ces enfants eux-mêmes? Là où le recours au tribunal pourrait leur paraître légitime, puisqu'il s'agit de l'autorité de droit

Digitized by Google

commun chargée en toute circonstance de veiller aux intérêts des incapables, la sanction, l'ingérence de parents inférieurs, ou peut-être d'étrangers, leur semblera certainement l'atteinte la plus complète à leur autorité. D'ailleurs cette distinction entre les formalités considérées comme spéciales à la tutelle proprement dite et celles qui seraient applicables à toute administration analogue, est certes trop délicate et d'une application trop difficile pour que le législateur ait pu se croire dispensé de s'expliquer à son égard. S'il suffit de la seule place de l'article 389 au titre de la tutelle des père et mère pour servir de base à un édifice si compliqué, nous avons le droit d'être effrayés des nouveautés qu'un commentateur quelque peu sagace pourra extraire désormais du plus petit accident de ponctuation ou de rédaction. S'agissant de l'administration des biens d'un mineur, il fallait bien qu'il en fût question à l'endroit même où ce sujet allait être traité d'une façon générale; de plus cette place s'explique naturellement par l'article du projet renvoyant à l'administration tutélaire et définitivement supprimé; il est au moins curieux qu'on prétende s'appuyer sur cette suppression pour édifier à nouveau la solution qu'elle a fait disparaître. Pour notre part, nous sommes tout disposé à conclure du rejet de cet article que le législateur, loin de vouloir assimiler en quoi que ce soit les pouvoirs du père administrateur à ceux du tuteur, a entendu les laisser sous l'empire des principes généraux. Il est un administrateur, et il n'est qu'un administrateur; comme le mari est un administrateur des biens de sa femme, comme le mandataire général est un administrateur du patrimoine d'autrui. C'est donc là qu'est la règle, là seulement que peut se trouver la solution.

265. — De là nous conclurons d'abord que le père administateur, pour accomplir les actes qui seront reconnus en dehors de la limite de ses pouvoirs, devra simplement s'adresser à la Chambre du conseil et demander son autorisation. Nous repoussons donc sans hésiter toutes les mesures spéciales à la tutelle, telle que la réunion d'un conseil de famille, ou l'homologation par jugement du tribunal. La loi a voulu que cette autorité souveraine du père de famille restât pleine et entière sous le seul contrôle de la justice; tel est le système qu'il adopte en matière d'éducation et de correction de l'enfant, *a fortiori* ce doit être le sien en fait d'administration des biens. D'ailleurs les formalités dont on fait choix forment un tout complet avec celles que l'on repousse; comment accepter un conseil de famlle même exceptionnel sans un subrogé-tuteur qui ait pour mission de l'avertir, de le réunir à défaut de l'administrateur négligent? La Chambre du conseil est au contraire l'autorité qui, en qualité de représentant de l'État, a pour mission générale de veiller aux intérêts des incapables et de suppléer aux pouvoirs des mandataires légaux. La loi qui ne donne au père qu'un droit d'administration, n'a pas entendu lui lier

Digitized by Google

les mains pour les actes de disposition les plus urgents ; lorsqu'un acte de cette nature lui paraitra nécessaire, il fera ce que fait le mari administrateur des immeubles dotaux, et l'envoyé en possession provisoire des biens de l'absent ; il s'adressera à la justice. On dit que cette dernière n'a pas reçu mission expresse d'intervenir ; c'est une erreur ; la loi qui a posé les limites mêmes des pouvoirs de l'administrateur, a pris par là l'engagement de lui fournir au besoin ce supplément de capacité qui lui manque ; et elle ne peut le faire que par l'intermédiaire de la justice, seule appelée à exercer le contrôle de haute surveillance qu'elle s'est réservé. Nous le décidons ainsi, non par analogie des textes qui exigent l'homologation en matière de tutelle, mais par application des principes généraux en fait d'administration legale. La Chambre du conseil s'est d'ailleurs constamment référée à ces principes, et toutes les fois qu'on lui a demandé d'autoriser un acte reconnu par elle comme ayant le caractère d'aliénation, elle n'a jamais exigé d'autorisation préalable du conseil de famille (1).

266. — Cette première solution admise, reste à trancher la seconde question : quand reconnaîtrons-nous à l'acte soumis à la Chambre du conseil le caractère d'acte de disposition excédant les pouvoirs du père administrateur ? Et en particulier la vente des valeurs mobilières sera-t-elle un de ces actes d'aliénation qui doive être soumis à justice ? On a dit généralement que la vente du mobilier, même incorporel, était un de ces actes placés à la limite flottante de la distinction entre les actes d'administration et ceux de disposition, que son caractère était variable, et que pouvant être rangé aussi bien dans l'une que dans l'autre catégorie, il fallait se décider dans chaque espèce par analogie, en prenant exemple sur une administration similaire. En pareil cas la comparaison demandée ne pouvait avoir lieu qu'avec l'administration tutélaire. De sorte que tout en repoussant les formalités admises en fait de tutelle pour l'accomplissement des actes d'aliénation, nous devrions emprunter à celle-ci la délimitation même entre les actes permis au père administrateur et ceux réservés à l'autorisation de la Chambre du conseil. Mais là encore on s'est divisé ; tandis que la plupart des auteurs trouvent cette limite dans l'exigence d'une formalité quelconque imposée au tuteur (2), d'autres les placent uniquement dans la nécessité de l'homologation judiciaire (3). Ce qui fait que les uns sont trop rigoureux, et les autres peut-être pas assez. Quoi qu'il en soit, les deux systèmes arrivent à la même solution quant à la vente des valeurs mobilières, ils la laissent à la discrétion du père administrateur ; le second système sans hésitation, puisque dans aucun

1. Bertin. Ch. du cons. V° Mineur. 1er vol., n° 614-615, Jur. n° 69.
2. Cf. Bertin, *loc. cit.* jur. n° 69, 71.
3. Cf. M. Bufnoir à son cours.

Digitized by Google

cas cet acte ne fut en fait de tutelle soumis à l'autorisation judiciaire; et le premier comme conséquence de l'interprétation généralement admise de l'article 452 : repoussant en matière de tutelle toute formalité quelconque pour l'aliénation des valeurs, on se trouve conduit à une solution analogue au sujet du père administrateur. Nous avons donné de ce texte une explication différente et sommes arrivé à une conclusion tout opposée; elle nous conduirait donc à soumettre cet acte à la Chambre du conseil. Mais il ne nous semble nullement nécessaire, pour arriver à ce résultat, de nous appuyer, en quoi que ce soit, sur les dispositions écrites au sujet de la tutelle.

267. — En ce dernier cas, la loi a fait, au sujet des actes de gestion, une triple distinction et les a soumis à une gradation réglée d'après l'importance de l'acte à accomplir, mais ne se référant pas d'une façon absolument exacte à la distinction aussi variable que fondamentale entre les actes d'administration proprement dite et ceux d'aliénation. Dans la première classe elle range tous ceux que le tuteur peut faire seul et librement; et pour les deux autres, elle crée une double série de formalités, ce qui lui permettra de mettre dans la seconde catégorie certains actes qui à la rigueur pourraient être considérés comme actes d'administration et de soustraire à la troisième certains autres reconnus partout ailleurs comme actes de disposition. Or, en fait d'administration légale, nous n'avons que deux classes, celle des actes rentrant par leur nature dans les pouvoirs du père administrateur et ceux qui seront soumis à la Chambre du conseil; nous ne pouvons donc, sans nous exposer à de graves erreurs, nous régler sur la distinction tripartite que l'on nous propose; cette distinction est basée sur les caractères mêmes des diverses institutions qui servent de rouages à la tutelle; or nous les avons rejetés. C'est donc ailleurs qu'il nous faut chercher la base de la délimitation cherchée entre les divers actes du père administrateur.

268. — Cette détermination est du reste fort simple. Car le Code d'un seul mot a posé le principe; le père est un administrateur; il n'est que cela; le texte n'ajoute aucune épithète qui étende ou restreigne cette qualité, aucun incident qui renvoie par analogie à quelque situation voisine. Il a pensé que ce mot pouvait suffire, car il renferme en lui-même toute une théorie qui à elle seule peut faire face à toutes les difficultés de détail. Cette théorie que le Code ne pouvait reproduire dans chacune de ses applications diverses, nous l'avons étudiée au siège de la matière sur l'article 1988 (1). Nous déciderions en conséquence, pour ce qui est des actes présentant un caractère douteux, que dans une matière favorable à la liberté de l'administrateur, nous devrions les ranger dans la catégorie des actes permis; il en

1. Cf. Laurent t. IV.

Digitized by Google

serait ainsi de la vente des meubles corporels. Mais quant à celle des valeurs mobilières, nous avons cru reconnaître que même sous l'empire du Code civil, cet acte n'avait jamais eu le caractère mixte que l'on prétend lui imposer, contre toute logique et toute vérité; qu'il était nettement reconnu pour un acte de propriété au sens de l'article 1988; et par conséquent nous n'éprouvons aucune hésitation à le soustraire au pouvoir du père administrateur pour lui accorder les garanties du contrôle judiciaire. Cette solution, je l'avoue, n'ayant quant à présent, aucune chance de prévaloir devant les Cours et tribunaux, et la jurisprudence adoptant pleinement le système de liberté entière laissée au père administrateur par l'abrogation de la loi de 1806, telle qu'elle a été comprise et commentée par la circulaire de 1880 de M. Cazot, Garde des sceaux, nous ne pouvons qu'appeler de tous nos vœux la solution législative que l'on nous prépare sur cette question.

269. — D'ailleurs fidèle à la promesse qu'il avait faite devant les membres du Parlement, M. Cazot, par lettre en date du 17 avril 1880, saisissait la section de législation du Conseil d'État du soin d'étudier l'amendement présenté par M. Gazagne et de le convertir en projet de loi. La section élargissant les pouvoirs qui lui avaient été conférés, prépara un projet de réglementation générale de la matière. Deux points surtout, quant au sujet qui nous occupe, furent largement discutés; on se demandait si l'on devait admettre comme formalité nécessaire l'autorisation d'un conseil de famille: et si, quant à l'aliénation des valeurs mobilières, on devait assimiler complètement le père administrateur légal au tuteur et par suite se conformer à son sujet aux dispositions de la loi de 1880. Le rapporteur s'est fait l'écho de ses discussions; il était lui-même opposé à ces deux solutions dont l'effet était d'assimiler deux situations fort différentes (1). La section fut d'un avis opposé; elle admit, parmi les formalités imposées au père administrateur, l'autorisation d'un conseil de famille, et fit, quant aux valeurs mobilières, l'application pure et simple de la loi de 1880 (2). Mais ce projet ne fut pas adopté par le Conseil d'État réuni en assemblée générale (3). Ce dernier revenant aux principes que nous avons développés, rejette en principe l'existence d'un conseil de famille et ne soumet le père administrateur, pour les actes de disposition, qu'à la seule autorisation de justice, demandée en chambre du conseil; il range enfin l'aliénation des valeurs mobilières et la conversion parmi les actes qui exigent cette autorisation. C'est la sanction

1. Rapport présenté au nom de la section. M. Ch. Ballot.

2. Art. 8, 10 et 11 du projet.

3. Projet de loi définitif adopté par le Conseil d'État. Article unique. Distribution du 8 juillet 1881. Présenté à la Chambre des députés, par M. Cazot, min. de la justice, le 26 novembre 1881.

Digitized by Google

pure et simple du système que nous avons cru devoir admettre même actuellement comme étant celui du code civil. Nous espérons qu'il trouvera grâce devant le Parlement, et que par excès de faveur à l'égard de valeurs mobilières, on ne cherchera pas à faire l'application excessive de la loi de 1880 à une situation différente de celle pour laquelle elle a été créée.

SECTION IV

ADMINISTRATEURS DES BIENS DES INTERDITS ET DES INDIVIDUS PLACÉS DANS LES ÉTABLISSEMENTS D'ALIÉNÉS. — LOI DU 30 JUIN 1838.

270. — Tout en restant dans le même ordre d'idées, celui des incapacités naturelles, nous devons poser la question qui nous occupe à l'égard d'une nouvelle classe d'incapables, ceux qui, en dehors de leur âge, sont privés de leur raison et ne peuvent pourvoir utilement à l'administration de leurs biens. Trois situations ont été prévues et réglées par nos lois. L'état mental de l'individu peut avoir été judiciairement constaté, sa déchéance solennellement prononcée et l'administration de son patrimoine remise aux mains d'un mandataire approuvé par la loi ; ce propriétaire, reconnu incapable de gérer son patrimoine, est interdit, et par suite assimilé au mineur, placé sous le régime de la tutelle. La seconde situation prévue est celle de l'individu que la justice n'a pas reconnu absolument incapable de gérer ses biens, mais qui, par ses habitudes de dissipation et de prodigalité, met sa fortune en péril. Ne pouvant l'interdire, la loi prononce contre lui une demi-incapacité ; tout en le laissant à la tête de son patrimoine, elle place à côté de lui un conseil, comme une sorte de guide, dont le consentement sera nécessaire pour les actes de gestion les plus importants ; il se trouve réduit lui-même aux actes de simple administration, et sa capacité peut, sous beaucoup de rapports, être comparée à celle du mineur émancipé : il s'agit donc, comme pour ce dernier, d'un propriétaire gêné, entravé dans l'exercice de ses droits ; ce cas ne rentre plus dans notre sujet, nous ne sommes plus en présence de l'administrateur du bien d'autrui. Reste la troisième situation qui, pendant longtemps, n'a pas été l'objet d'un règlement spécial et qui se trouve organisée par la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés. Il arrivait fréquemment, que des individus atteints de démence, dessaisis en fait de la gestion de leurs biens, ne se trouvaient légalement frappés d'aucune incapacité ; les actes auxquels ils se livraient étaient valables en eux-mêmes, sauf à prouver le défaut ou le vice du consentement ; et ceux qui étaient accomplis par leurs gérants de fait, étaient sans effets, sauf application

Digitized by Google

des règles du quasi-contrat de gestion d'affaires. Cette situation équivoque pouvait présenter de grands inconvénients pour les cas assez fréquents, où, pour différents motifs, le plus souvent par crainte de la publicité, les familles veulent éviter au malade la procédure d'interdiction. Ce cas se présente surtout lorsque l'individu en état de démence a été placé dans un établissement sanitaire. On s'est demandé s'il n'y avait pas, dans ce seul fait, une présomption d'incapacité assez grave pour déterminer la loi à confier de plein droit, à un mandataire, l'administration des biens de l'intéressé. Pour qu'il en soit ainsi, il était nécessaire de s'assurer que le placement dans l'hospice eût été rendu réellement indispensable par l'état mental de l'intéressé et ne constituât pas une mesure arbitraire ; cela importait plus encore au point de vue de la liberté individuelle. Sous ces deux rapports, une loi était nécesaire. La loi de 1838 eut donc deux objets : au point de vue administratif, assurer la nécessité du placement et garantir la liberté individuelle ; au point de vue du droit privé, régler l'administration des biens appartenant à l'interné. Nous n'avons à l'étudier que sous ce dernier aspect ; mais il est utile, avant d'entrer dans cet examen, de dire quelques mots de la situation de l'interdit.

271. — Le Code nous avertit que, au cours de la procédure d'interdiction, le tribunal, s'il le juge nécessaire, pourra nommer un administrateur provisoire chargé de prendre soin de la personne et des biens de l'individu dont l'interdiction est poursuivie (art. 497). Ces dernières expressions suffisent à indiquer que ce mandataire est réduit aux actes de conservation les plus simples. Il ne pourrait, sans s'adresser à le justice de laquelle seule il tient ses pouvoirs et qui seule peut en régler l'étendue, aliéner le moindre objet même corporel. Dans la pratique, si la vente de certains meubles corporels est nécessaire, elle est ordonnée par le jugement même qui nomme l'administrateur ; si elle ne le devient qu'ultérieurement, il est d'usage de se contenter d'une simple ordonnance du président du tribunal, mais du moins est-elle indispensable (1). Nous pensons que les pouvoirs de ce magistrat lui-même doivent être restreints à la vente des meubles périssables et aux mesures d'administration urgentes qui pourraient dépasser les pouvoirs de simple conservation des biens confiés à l'administrateur ; il ne pourrait autoriser la vente des immeubles, ni même celle des valeurs mobilières. L'incapacité du propriétaire n'est pas démontrée (2), personne n'a le droit,

1. Bruxelles, 30 août 1806. Dal. V° *Interdict.*, n° 113, p. 37, not. 1.

2. La meilleure preuve, c'est que lui-même n'est pas encore déchu de l'exercice de ses droits, sauf, bien entendu, annulation ultérieure, si l'interdiction est prononcée, des actes qu'il a pu faire pendant l'instance. Cf. Haute Cour des Pays-Bas, 12 octobre 1879. — Sir. 82, 4, 26.

Digitized by Google

pas même la justice, d'empiéter sur ses prérogatives, et fût-elle reconnue, que la simple ordonnance ne suffirait pas à autoriser les actes de disposition, puisque, en pareil cas, on doit appliquer les formalités du régime tutélaire. Si donc un acte de cette nature devient utile, il faut attendre pour y procéder les résultats de l'instance (1).

272. — Si celle-ci aboutit à l'interdiction, le régime organisé est exactement le même qne celui de la tutelle ; et les valeurs mobilières qui appartiennent à l'interdit bénéficient des mesures de protection introduites par la loi de 1880 en faveur de celles comprises dans le patrimoine des mineurs (Loi de 1880, art. 8) ; elles ne pourront être aliénées par le tuteur de l'interdit qu'avec l'autorisation du conseil de famille suivie, dans les cas que nous savons, de l'homologation judiciaire. Il faudrait appliquer ici toutes les solutions précédemment données au sujet de la tutelle des mineurs. Cependant quelques complications peuvent survenir des rapports existant entre l'interdit et son tuteur ; elles se présentent surtout au cas de mariage. Si le mari est tuteur de sa femme interdite, les restrictions inhérentes à la tutelle ne peuvent porter atteinte aux droits qui lui appartiennent comme mari; c'est ainsi qu'il conserve ses pleins pouvoirs sur les biens faisant partie de la communauté et par suite le conseil de famille n'est plus reçu à intervenir au sujet de l'emploi des deniers personnels à la femme, puisque ceux-ci tombent dans le patrimoine commun et restent à l'entière discrétion du mari. Quant à l'aliénation des valeurs mobilières restées propres à la femme, il est un cas où sans hésitation elle doit bénéficier des garanties de la loi de 1880, c'est celui où l'administration de ces valeurs eût été réservée à la femme ; dans le cas plus ordinaire où elle appartenait au mari, les pouvoirs de celui-ci restent ce qu'ils étaient avant l'interdiction de la femme; il est une opinion qui lui donne en tant que mari, sous le régime de la communauté, le droit d'aliéner les meubles incorporels restés propres à la femme, elle devra lui garantir la même liberté malgré sa qualité de tuteur ; si, comme nous le croyons, il n'avait pas comme administrateur des propres, le droit d'aliéner les valeurs mobilières sans le consentement de sa femme, nous déciderons que celle-ci ne pouvant plus consentir, l'aliénation des valeurs qui lui sont propres devra être soumise aux formalités de la loi de 1880. Si la femme est nommée tutrice du mari interdit, elle ne prend l'administration des trois patrimoines coexistant au cas de régime de communauté, que en qualité de représentant du mari devenu incapable ; et quels que soient ses droits sur les biens qu'elle administre, la gestion qu'elle exerce à leur égard ne lui appartient pas en vertu d'un droit propre, mais au lieu et place de celle

1. Contra. Cass. 6 fév. 1856. D. 56, 1, 71.

Digitized by Google

qui revenait au mari ; dès lors sans aucune distinction entre le patrimoine commun, celui du mari et même le sien, en admettant qu'il fût soumis à l'administration du mari aujourd'hui incapable, nous déciderons que toute aliénation de valeurs mobilières sera faite par elle en qualité de tutrice seulement et par suite devra être soumise aux prescriptions de la loi nouvelle ; il n'y aurait d'exception que pour ceux de ses biens personnels dont elle s'était réservé l'administration. La seule question qui puisse s'élever à leur sujet, serait de savoir comment sera remplacée l'autorisation maritale, nous n'avons pas à y insister ici (art. 507). Si le mari eût été écarté de la tutelle et qu'un tiers en eût été investi à sa place, le mari n'en conserverait pas moins tous les biens dont il avait précédemment la jouissance, c'est-à-dire que le tuteur n'aurait l'administration que de ceux déjà administrés par la femme. Quant à ceux appartenant en propre à cette dernière et laissés entre les mains du mari, il peut arriver que celui-ci ne trouve pas dans ses pouvoirs d'administration le droit de les aliéner librement, c'est ce qui se présentera suivant nous pour les valeurs mobilières ; ne pouvant plus s'adresser à sa femme pour obtenir son consentement, il devra avoir recours aux autorités qui la représentent et en premier lieu au tuteur ; si celui-ci refuse, le mari étranger à la tutelle ne peut de son chef saisir le conseil de famille ; si le tuteur consent, c'est lui qui poursuivra les autorisations nécessaires. Enfin à supposer un tiers nommé tuteur du mari interdit, il doit prendre la gestion de tous les biens dont le mari avait l'administration, et ne laisser à la femme que ceux qu'elle administrait elle-même. Dans ces circonstances, toute aliénation de valeurs poursuivie par le tuteur tombera sous le coup de la loi de 1880.

273. — Si l'interdiction n'a pas été prononcée et que l'individu en état de démence ait été placé dans un établissement d'aliénés, le soin de son patrimoine peut être confié, d'après la loi du 30 juin 1838, à deux sortes d'administrateurs distincts. Il est nécessaire de distinguer à ce sujet suivant la nature de l'établissement où l'aliéné a été placé. S'il s'agit d'un établissement public, les commissions administratives sont de plein droit saisies du soin de veiller aux intérêts pécuniaires des malades confiés à leurs soins (1), elles doivent nommer un de leurs membres qui sera chargé de faire relativement à leurs biens les actes les plus urgents mentionnés dans l'article 31 de la loi. Le membre ainsi désigné est par suite sans autre investiture le mandataire légal de l'aliéné auquel il a été nommé (2).

Ces commissions peuvent d'ailleurs, et elles le font d'ordinaire si le pa-

1. Pour toutes ces hypothèses. Cf. Demol., t. VIII, n° 591 à 620. Dal. v° Interd. n° 176 à 183.

2. Loi de pluviôse, an XIII.

Digitized by Google

trimoine du malade a quelque importance, se décharger du soin et de la responsabilité qui leur incombent de ce chef. De leur côté les familles peuvent désirer que les intérêts pécuniaires de celui des leurs qui se trouve interné soient confiés à un de leurs membres ; de là pour ces divers intéressés le droit de provoquer la nomination en justice d'un administrateur aux biens. Cet administrateur nommé judiciairement est le seul que puissent avoir les aliénés placés dans les établissements privés. Les directeurs de ces maisons étant indépendants, sinon de la surveillance, au moins du choix de l'État, il était impossible de les assimiler aux membres des commissions administratives et de leur conférer de plein droit un pouvoir quelconque relativement aux biens des malades qui leur sont confiés. Mais à notre avis, il n'y a entre ces deux sortes d'administrateurs qu'une différence d'origine et en principe au moins la nature et l'étendue de leurs pouvoirs sont les mêmes. Je ne puis croire que l'article 31, en énumérant certains actes permis à l'administrateur choisi parmi les membres des commissions administratives, ait entendu l'obliger à s'adresser toujours à la justice pour tous les actes, quels qu'ils soient, non compris parmi ceux non mentionnés ; ainsi il n'est pas question du renouvellement des inscriptions hypothécaires, dira-t-on que cet acte conservatoire au premier chef ne rentre pas de plein droit dans les pouvoirs de cet administrateur? D'un autre côté je ne puis admettre que l'article 32, qui qualifie l'administrateur nommé en justice, n'ait eu l'intention de se référer avant tout aux pouvoirs énumérés dans l'article précédent, sauf, pour les actes qui ne s'y trouvent pas compris, à se baser par analogie sur les pouvoirs généraux de l'administrateur provisoire de l'article 497, celui nommé au cours de la procédure d'interdiction. Ainsi donc qu'il s'agisse, pour employer les expressions de M. Dalloz, de l'administrateur légal ou de l'administrateur datif, nous serons toujours en présence d'un administrateur provisoire, dont les pouvoirs temporaires et fort restreints, doivent être étudiés sans distinction possible. Quels étaient donc avant la loi de 1880, et quels sont aujourd'hui les pouvoirs de cet administrateur au sujet de l'aliénation des valeurs mobilières ?

274. — Contrairement à l'interprétation que nous avons donnée à propos du père administrateur, le mot administrateur doit être pris ici dans son sens le plus strict et le plus étroit. Ceci ressort clairement des expressions et de la pensée de la loi ; cet administrateur elle l'assimile à celui de l'article 497, elle l'appelle un administrateur provisoire ; montrant ainsi qu'elle n'a voulu subvenir qu'aux nécessités les plus urgentes et provoquer l'interdiction plutôt qu'en dispenser. Aussi ne confie-t-elle à ce mandataire que les pouvoirs nécessaires pour les actes les plus simples et les plus indispensables, ceux qui dans la catégorie des actes d'administration, forment

Digitized by Google

parfois une classe à part connue sous le nom d'actes conservatoires. Tel est le caractère de tous ceux indiqués dans l'article 31. D'ailleurs la loi porte même spécialement dans l'article 38 que l'administrateur n'a le droit, même en s'entourant des formalités et garanties auxquelles il peut recourir, d'exercer aucune action en justice ; il faut pour ces dernières nommer un mandataire spécial. Cependant nous croyons inutile, peut-être même dangereux, de créer pour déterminer les pouvoirs de cet administrateur une sous-distinction parmi les actes relatifs au patrimoine. Nous serions exposés à restreindre d'une façon trop rigoureuse les pouvoirs déférés par l'article 32 et qui sont bien, au sens technique du mot, des pouvoirs d'administration. Tout ce que nous avons voulu dire, en avançant que l'administrateur nommé aux termes de l'article 497 n'était préposé qu'à la conservation des biens, tout ce que nous entendons exprimer ici à nouveau, c'est que parmi les actes d'administration, tous ceux que nous avons qualifiés d'actes mixtes, et dont le caractère et par suite le classement varient suivant la nature et l'origine des pouvoirs de l'administrateur, devront en cette matière être rangés parmi ceux qui dépassent la simple notion de l'administration. Ceci s'applique à l'aliénation du mobilier corporel, comme l'indique expressément l'article 31. Cela n'a jamais fait doute pour ce qui est de l'aliénation des valeurs mobilières. A s'en tenir ici, la solution est fort simple : avant comme après la loi de 1880, l'administrateur provisoire n'a jamais eu le droit d'aliéner seul les valeurs mobilières et autres droits incorporels dépendant du patrimoine de l'aliéné.

275. — Mais la question cependant est loin d'être ainsi complètement résolue ; ceci reconnu, elle se pose alors sur un terrain nouveau : ce que l'administrateur ne peut faire seul, le peut-il au moins en s'entourant de certaines formalités et garanties légales? C'est un principe que nous avons admis pour tous les cas de mandat légal ; toutes les fois que la loi limite les pouvoirs de celui à qui elle confère mission de gérer le bien d'autrui, elle place à côté de lui une autorité supérieure chargée de l'autoriser à passer les actes qui lui sont interdits. Les principes généraux de notre droit et l'intérêt de l'incapable que la loi a voulu protéger, ne sauraient admettre qu'un seul des actes susceptibles de devenir nécessaire, puisse être impossible à réaliser valablement par l'administrateur. Ce principe doit-il fléchir au cas qui nous occupe? La majorité des auteurs le croit et dénie à la justice elle-même le droit d'autoriser les actes de disposition que voudrait accomplir l'administrateur provisoire. Nous examinerons les motifs invoqués à l'appui de cette dérogation apparente au droit commun.

276. — Cependant une opinion, qui n'a du reste pas réussi à s'imposer devant les tribunaux, s'est élevée contre cette prétendue exception que l'on

Digitized by Google

voulait créer en dehors de tout texte clair et précis. Elle reconnaît sans doute que la loi n'a pas voulu substituer aux garanties de droit commun résultant de la procédure d'interdiction, quelque chose d'absolument analogue par ses conséquences au moins, et fondé cependant sur un simple fait, l'internement du malade; qu'elle a pris seulement les mesures nécessaires pour que les intérêts de l'aliéné ne fussent pas exposés à rester en souffrance pendant le délai d'expectative légitime qui peut s'écouler avant les poursuites à fin d'interdiction; et qu'enfin elle n'a entendu en rien dispenser de cette dernière. Tout cela est vrai, dit-elle, en principe. Mais ce qui ne l'est pas moins, c'est que la situation créée par la loi de 1838 répond à des besoins réels fort différents de ceux auxquels il a été pourvu par l'interdiction. Cette procédure est grave et pénible; elle répugne au sentiment des familles; elle peut aggraver l'état du malade; on l'ajourne autant qu'il est possible: il arrive même parfois qu'elle ne puisse être utilement provoquée; on espère une guérison prochaine, ou bien l'hallucination se présente par accès transitoires, l'état de démence n'est pas habituel (1). En pareil cas l'interdiction est impossible et cependant il faut veiller à l'administration des biens du malade interné. C'est à cette situation que la loi a voulu pourvoir; elle a pensé, il est vrai, que souvent l'interdiction suivrait le placement du malade, mais elle n'a pas ignoré non plus que ce provisoire pouvait devenir définitif; et loin de repousser cette éventualité elle n'a pas craint de lui assurer son concours. Tout ce qu'elle a voulu marquer par les limites rigoureuses qu'elle met au pouvoir de l'administration, c'est que les actes d'ordinaire classés parmi ceux d'administration ne pourraient en pareil cas être accomplis qu'avec l'autorisation de justice, elle en donne elle-même l'exemple à propos de la vente du mobilier corporel; elle a dû s'expliquer à son égard parce que cet acte a par lui-même un caractère douteux; mais elle n'entend pas faire de ce recours judiciaire une ressource exceptionnelle, admise pour ce seul cas; en un mot elle a dû appliquer à un acte équivoque par son caractère ce qui pour elle est la règle de droit commun. C'est donc par les restrictions étroites apportées à la liberté d'action de l'administrateur qu'elle a entendu marquer la différence capitale qui doit séparer la situation qui nous occupe de celle qui résulte de l'interdiction. On invoque à l'appui de cette opinion un arrêt important de la Cour de cassation en date du 6 février 1856 (2), lequel reconnaît au tribunal appelé à nommer l'administrateur provisoire au cours de la procédure d'interdiction le droit d'étendre les pouvoirs ordinaires de ce mandataire légal, jusqu'à lui permettre d'emprunter et d'hypothéquer. Cet arrêt qui, à vrai dire, ne visait que la

1. Arrêt de la Cour d'Aix, 6 juill. 1865, 6e attendu. Sir. 65. 2, 213.
2. D. 56, 1, p. 71.

Digitized by Google

question de savoir si cet administrateur avait été régulièrement nommé par la chambre du conseil et si cette juridiction avait compétence suffisante pour étendre à ce point les pouvoirs de l'administrateur, n'a pas mis en doute que le tribunal en général, et jugeant en la forme ordinaire, n'eût ce droit dans les termes les plus absolus ; se fondant alors sur ce point acquis, il reconnaît ce droit non-seulement au tribunal jugeant en audience publique, mais à la chambre de conseil elle-même ; car, dit-il, la loi a fait de cette dernière juridiction, l'autorité de droit commun chargée de veiller aux intérêts des incapables et d'autoriser les actes relatifs à leur patrimoine (art. 457) (1). Si donc le tribunal qui nomme l'administrateur peut l'autoriser à passer des actes de véritable aliénation ; c'est que de pareils actes peuvent être accomplis en règle générale par cet administrateur avec autorisation de justice. Cette autorisation pouvant lui être accordée à son entrée en fonctions pour certains actes prévus à ce moment, rien n'empêche qu'elle soit demandée plus tard au cours de la gestion, quand la nécessité s'en présente. S'il en est ainsi de l'administrateur de l'article 497, il doit en être de même de celui nommé en vertu de la loi de 1838 qui lui est assimilé. Peut-être y aurait-il un *a fortiori*, puisque dans le premier cas l'interdiction est attendue et que à la rigueur on pourrait différer jusqu'au jugement qui désignera le tuteur, tandis que au second elle peut n'être pas provoquée et que peut-être elle sera ajournée le plus possible. On ne peut légitimement quand un acte de cette nature se présente avec les caractères d'urgence qu'il peut comporter, attendre pour son exécution qu'une procédure d'interdiction soit entamée et conduite à bonne fin, ce qui avec les différents jugements, enquêtes, comparutions et interrogatoires qui en forment les éléments, peut demander plus d'une année ; encore doit-on ajouter que ceci fait, le tuteur devra entamer à nouveau une autre procédure en autorisation et homologation, le tout pouvant exiger plusieurs mois ; de sorte que la valeur de l'objet dont la vente était nécessaire aura pu dans cet intervalle changer plusieurs fois de cours ; et ce qui était opportun il y a un an aura pu devenir, quand l'autorisation est enfin régulièrement accordée, suivant toutes les formes requises, une affaire fort désavantageuse (2).

277. — Malgré les bonnes intentions et les vues excellentes du système précédent, il n'a pas été suivi par la majorité des auteurs et il ne pouvait guère l'être. Car il conduit, sinon à une complète assimilation, du moins à un parallélisme très exact entre l'administrateur provisoire et l'interdiction, et encore, si l'on se place au point de vue des garanties prises en faveur de

1. Cf. les conclusions de l'avocat général, Nicias Gaillard et les motifs de l'arrêt. D. *loc. cit.* p. 72 et 74.

2. Cf. M. Duverger à son cours.

Digitized by Google

l'incapable, serait-ce cette dernière qui offrirait le plus de sûreté puisqu'elle exige le plus souvent une double autorisation, tandis que, le conseil de famille ne pouvant être légalement organisé et convoqué au cas d'administration provisoire, il faudra alors se contenter d'une simple autorisation judiciaire ; et même quelle est la valeur de cette autorisation ? S'agit-il d'une décision prise par le tribunal réuni ? Est-ce un jugement ? Il paraît bien difficile de l'admettre, à moins de laisser de côté le seul texte qui puisse apporter quelque appoint sérieux au système et de trancher dans l'inconnu, de créer de toutes pièces une théorie dont la loi ne fournisse aucune base. L'article 31 en effet qui donne le seul exemple de recours judiciaire qui puisse être étendu et généralisé, n'exige que l'ordonnance du président ; est-ce donc là une de ces formalités dont la loi se contente d'ordinaire pour permettre de toucher au patrimoine des incapables ? Admettra-t-on d'ailleurs que cette mesure est spéciale à la vente du mobilier corporel, et que l'autorité compétente du droit commun devra être la chambre du conseil ; nous rappellera-t-on notre confiance plusieurs fois exprimée dans la sagacités des magistrats, et la préférence que nous avons même accordée, dans un cas au moins, à la simple autorisation de justice sur la double formalité basée sur l'ingérence du conseil de famille ? Nous répondrons que là n'est pas la question ; la loi, dans notre hypothèse, ne s'est défiée, ni de l'administrateur lui-même, ni d'une décision judiciaire qu'elle aurait pu croire insuffisamment éclairée ; de pareils motifs ne suffiraient pas en notre matière à justifier l'impossibilité d'agir dont on frappe l'administrateur, et la nécessité où on le place de recourir aux lenteurs de la procédure en interdiction. Ce que la loi a considéré c'est que en pareil cas l'incapacité elle-même n'avait pas été judiciairement constatée et qu'à ses yeux l'aliénation était insuffisamment démontrée ; dès lors elle ne s'est pas cru le droit d'imposer à un propriétaire, non légalement déchu de l'exercice de ses droits, un acte d'une certaine importance dont la justice elle-même eût constaté l'utilité. L'interné peut avoir un retour prochain à la raison, et s'il n'apprécie pas au même point de vue que le tribunal l'opportunité de l'acte réalisé à son insu, n'est-il pas en droit de se plaindre qu'on ait empiété sur ses droits, sans que lui-même ait été appelé devant la justice, sans que son état mental ait été l'objet de la moindre enquête ? Un simple fait qui, malgré les précautions de la loi nouvelle peut être arbitraire et constituer une atteinte odieuse à la liberté, le placement dans un hospice, ne pouvait suffire à justifier une ingérence étrangère fût-ce même celle de la justice, dans l'administration complète et totale des biens de l'interné. A défaut de constatations suffisantes, la loi peut bien permettre à un mandataire de faire les actes les plus simples et les plus urgents, elle ne pouvait donner à aucune autorité le droit d'accomplir les actes de pro-

Digitized by Google

priété et de disposition souveraine aux termes de l'article 1988. Dès lors l'exception que nous paraisons apporter au principe admis en fait de mandat légal n'en est vraiment pas une; car ce mandat a été donné dans un but essentiellement restreint; il n'a pas pour effet de pourvoir à tous les besoins que peut présenter la gestion du patrimoine, il est destiné à n'être qu'une situation intermédiaire dans l'attente d'une investiture plus complète, celle qui résultera de la nomination du tuteur; tel est le but de la loi, telles ont été ses intentions, plusieurs fois manifestées au cours de la discussion. Quand on prétend que l'administration provisoire est souvent destinée à devenir définitive et par suite à remplacer l'interdiction dont les formalités répugnent aux familles, on invoque ce qui devrait être, non ce qui est : on va contre les termes mêmes de la loi et de l'institution. Ou cette administration est provisoire et son caractère doit être tel, ou elle doit être définitive et son organisation et son nom devront se trouver en contradiction avec ses conséquences. Mais ce qui est certain, c'est qu'elle est l'un ou l'autre; et qu'elle ne peut être, au gré des familles, provisoire et définitive tout à la fois; il ne peut dépendre de celles-ci de n'y voir qu'un mandat limité, ou de lui substituer une situation irrégulière qui soit analogue à celle de la tutelle. Il faut donc choisir et les termes de la loi nous empêchent de donner le caractère de définitif à ce qu'elle appelle provisoire. A coup sûr il peut être pénible aux familles qui veulent éviter l'interdiction d'être obligées de la provoquer dès qu'un acte d'aliénation devient nécessaire; mais la loi l'a certainement voulu ainsi; et la solution contraire ne peut résulter que d'une réforme législative; ce n'est pas la seule d'ailleurs qui soit réclamée au sujet de la loi du 30 juin 1838.

278. — Quant à l'arrêt invoqué, il appelle deux réponses : la première est que la solution qu'il admet ne s'impose pas et que pour notre part nous la trouvons beaucoup trop absolue (1). Mais fût-elle entièrement exacte, nous croirions sous ce rapport la situation visée par l'article 497 bien plus favorable que celle où il s'agit seulement de l'aliéné placé dans un hospice; dans la première on se trouve, en effet, dans les circonstances désirées par le législateur de 1838; l'interdiction est provoquée, l'état mental du malade a dû être déjà examiné par les magistrats; le propriétaire dont on veut disposer des biens a été lié à la procédure; la justice possède les éléments d'appréciation suffisants pour constater non-seulement l'opportunité de l'acte proposé, mais bien l'incapacité réelle de celui à qui il doit être imposé. Il y a donc à ce point de vue, entre les deux administrateurs et malgré le renvoi que fait à l'article 497 l'article 32 de la loi, une différence très

1. Cf. *supra*, n° 271.

Digitized by Google

caractéristique (1); elle a été fort justement reconnue et caractérisée par M. le conseiller Babinet dans le rapport fait par lui sur une affaire récente soumise à la Cour de Cassation (2). Il s'agissait d'une hypothèque constituée par l'administrateur sur les biens de l'aliéné à la suite d'un transport de créance; l'administrateur, avant de s'adresser à la justice, crut devoir emprunter à la tutelle tout l'appareil de ses formalités protectrices; un conseil de famille fut réuni et appelé à consentir, et, comme l'administrateur se trouvait être le titulaire au profit de qui était née la créance cédée que l'on voulait garantir par une hypothèque, il demanda un contradicteur et l'on nomma pour effectuer l'acte un tuteur *ad hoc*; c'est dans ces conditions et après l'accomplissement de ces diverses formalités, que l'on se présenta devant le tribunal pour demander son approbation. L'homologation fut refusée, non pour cause d'inopportunité de la constitution d'hypothèque, mais pour défaut de compétence; la justice ne se reconnut pas le droit de sanctionner, de légaliser tout ce système irrégulier, comploté, organisé en dehors des prescriptions légales, et ne tendant à rien moins qu'à substituer la garantie d'autorités sans mission qui s'étaient constituées d'elles-mêmes, à l'ensemble des précautions prises au cas de tutelle sous le regard et la surveillance de la loi. Comme disait le conseiller rapporteur, le tribunal en donnant son approbation eût commis un véritable excès de pouvoir (3). La conséquencce de ce système est donc que tout acte dépassant le mandat restreint de l'administrateur provisoire ne pourra être accompli qu'après l'interdiction prononcée (4).

279. — Entre ces deux opinions extrêmes, s'en présente une autre qui n'a jamais peut-être été formulée *ex professo*, qui résulte plutôt de certaines décisions isolées et d'accommodements consentis sur certains points vagues à la limite des deux systèmes opposés. Il est certains actes, en effet, et en particulier celui qui nous occupe, l'aliénation des valeurs mobilières, qui ont été permis à l'administrateur autorisé de justice par des auteurs et une jurisprudence admettant, qu'en principe, aucune formalité ne pouvait habiliter ce mandataire à accomplir valablement un acte d'aliénation. Le doute a pu venir de l'article 31 qui permet la vente du mobilier en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président. On a pu agiter l'éternelle question de savoir si les meubles incorporels devaient être compris sous cette expression; faire intervenir l'interprétation vague de l'article 525, C. civ.; et l'assimilation possible avec la disposition de l'article 946, C. pr. civ. qui

1. Aubry et Rau, t. 1, § 127 *bis*, n° 8.
2. Cass. 23 mai 1882, D. 82, 1, p. 367.
3. D. 82, 1, p. 369.
4. Cf. Demol., t. 8, n° 838. Aubry et Rau, t. 1, § 127 *bis*, not. 16. Bertin, ch. du cons. Cf. Léon Michel. *loc. cit.*, n° 84, p. 213.

Digitized by Google

impose la même formalité pour la vente du mobilier en matière de succession (1). A vrai dire, les nécessités de la pratique ont surtout inspiré cette conciliation ; ce qu'il pouvait y avoir d'anormal, presque de ridicule, à imposer pour la vente de semblables biens les lenteurs de la procédure d'interdiction, a fini par lever tous les doutes. En matière d'actions industrielles, une autre considération entrait encore en ligne de compte ; c'est que ces dernières se trouvaient être plus sérieusement protégées sous l'empire de l'administration provisoire que sous celui de la tutelle ; eût-on provoqué l'interdiction et nommé un tuteur ; ce dernier, en vertu de la jurisprudence dernière, eût pu les aliéner sans formalités ; l'administrateur devait au moins demander l'autorisation du président.

Il est vrai que ce système, pour les rentes sur l'Etat et les actions de la banque, différait de celui imposé au tuteur. Mais les garanties étaient au moins équivalentes, et la famille ne pouvait se plaindre de n'avoir pas été consultée, puisqu'elle n'avait pour obtenir cette déférence qu'à provoquer elle-même l'interdiction. On en était donc venu assez facilement à permettre à l'administrateur la vente des valeurs mobilières sous les simples formalités de l'article 31 de la loi. Mais la discussion et les doutes persistèrent à l'égard des autres droits incorporels, tels que les offices et fonds de commerce. Pour ces derniers, un premier jugement de la Chambre du conseil de 1849 refusa son autorisation ; les décisions postérieures l'accordèrent (2). Pour les offices, la question fut portée en 1868 devant la Cour de Metz (3) qui annula la vente d'un office accompli par l'administrateur provisoire et entourée même des formalités les plus complètes, telles que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal ; c'est le système que nous avons vu consacrer à nouveau par la Cour de cassation le 23 mai 1882.

280. — On voit donc en somme que la vente des valeurs par l'administrateur provisoire n'était pas sans soulever d'assez grosses difficultés ; la pratique ne pouvait consentir à attendre l'issue d'une procédure d'interdiction pour opérer l'aliénation d'un bien dont les cours pouvaient varier avec la plus grande mobilité ; la théorie, s'appuyant sur ce principe, à peu près généralement admis, que tout acte interdit à l'administrateur ne pouvait être accompli qu'après l'interdiction prononcée, continuait à résister avec une grande apparence de logique (4). La vente des valeurs est-elle un de ces actes dont l'importance exige pour qu'on les impose au propriétaire que l'in-

1. Aubry et Rau. t. 1, § 127 *bis*, not. 13. Cf. Lyon, 22 juin 1865. (Sir. 66, 2, 17). Et les dernières décisions de la Ch. du cons. Bertin, tom. 2, v° *aliénés* J., n° 21 et suiv.
2. Bertin. V° *aliénés*, Jur. 11 juil. 1849, 10 av. 1850, 20 avril 1852, 2 juin 1854.
3. Metz, 8 déc. 1868. Dal. 69, 2, p. 40.
4. Cf. Bertin, *loc. cit.* n° 740, Léon Michel. *loc. cit.*

Digitized by Google

capacité de celui-ci ait été judiciairement et solennellement démontrée? Posée sur ce terrain, la question semble bien devoir appeler une solution affirmative, c'était celle d'ailleurs qui tendait à l'emporter; de sorte que sur un point à peu près isolé parmi les différents cas d'administration légale, la doctrine et la jurisprudence semblaient disposées à mettre la vente des droits incorporels sur le même pied de garantie que celle des immeubles. Cette remarque devait être faite, car nous allons assister à un renversement assez curieux des rôles. Tandis que sur ce point particulier la tendance générale était d'assimiler cette aliénation à celle des immeubles, nous allons voir dans les mêmes circonstances, la loi de 1880, dont l'objet propre a été de poser cette assimilation comme un principe général, créer pour ce cas seulement entre ces deux actes une différence radicale, et faire de la vente des droits incorporels par l'administrateur provisoire, un acte mixte entouré, au point de vue du moins du respect dû au droit souverain et à la liberté d'action de la personne simplement internée, de moindres garanties qu'elle n'aurait pu l'être par la jurisprudence antérieure. C'est une anomalie au moins apparente.

281. — La loi de 1880, en effet, applique purement et simplement à l'administrateur provisoire le système de formalités qu'elle a créé en vue de la tutelle. C'est déclarer qu'il pourra aliéner les valeurs sous certaines autorisations; or il ne pourrait d'aucune façon procéder à une vente d'immeubles; la question, nous l'avons vu, soulevait avant la loi nouvelle des doutes nombreux, même pour la vente de certains meubles incorporels. Est-ce là une anomalie réelle? La loi de 1880 a-t-elle eu tort de faire cette dérogation au principe qui lui sert de base? J'ai cherché dans les différents rapports présentés au Sénat et à la Chambre des députés et dans la discussion même de la loi, les motifs qui avaient pu la guider; je n'ai trouvé sur ce point que quelques observations de détail sur l'application de la loi aux aliénés; mais rien sur la légitimité même de cette application à l'administrateur provisoire. Tel l'article 8 avait été présenté, tel il a traversé les diverses péripéties de l'élaboration de la loi devant les deux Chambres, sans soulever aucune discussion de principe. Bien que ce silence nous paraisse étrange, nous ne pouvons cependant faire un reproche à la loi de 1880 d'avoir permis en principe à l'administrateur provisoire l'aliénation des valeurs mobilières sous certaines formalités. Nous avons insisté déjà sur les nécessités de la pratique, sur les lenteurs funestes qu'eût imposées la théorie contraire, il nous reste à montrer l'inutilité réelle d'un système qui pour la vente des valeurs eut exigé, comme pour celle des immeubles, un jugement d'interdiction. Si cette situation eut été complètement laissée en dehors des prévisions de la loi nouvelle, l'administrateur aurait pu conserver les titres au porteur trouvés dans le patrimoine de l'aliéné, même demander et peut-

Digitized by Google

être obtenir, étant donnée la jurisprudence que nous connaissons, la conversion des titres nominatifs, et par suite se rendre maître d'aliéner les valeurs à son gré, peut-être aurait-on pu lui appliquer seulement les mesures relatives à la conversion, mais n'eût-ce pas été outrepasser les règles de l'équité ou du bon sens?

Si l'on refuse de laisser accomplir relativement au patrimoine de l'aliéné non interdit tout acte présentant une certaine gravité pour la raison que l'incapacité est insuffisamment démontrée, pouvait-on en présence de présomptions de cette nature, transformer à l'insu du propriétaire le caractère de ses biens et l'exposer, au cas de prompt retour à la raison, à ne plus trouver que des valeurs à peu près immobilisées et ne pouvant plus que difficilement se prêter à ses spéculations? Il fallait ne plus reconnaître aux présomptions que nous avons indiquées la même valeur, ou sinon leur conserver logiquement la même énergie. C'est le premier parti qui semble avoir été adopté, et cela, croyons-nous, avec raison. Nous sommes loin sans doute de réprouver les scrupules de la loi de 1838 dont le but est de respecter le droit de l'interné. Mais ce respect ne pourrait-il pas être concilié avec les besoins d'une situation de fait bien différente de celle présumée par la loi. Celle-ci suppose l'interdiction imminente, elle veut la provoquer; les familles au contraire la redoutent, on craint d'y soumettre le malade, on espère un prompt retour à la raison; on ne veut pas qu'à ce moment il se trouve à son insu sous le coup d'une incapacité absolue; et sous l'empire de ces préoccupations diverses on évite les actes qui pourraient exiger que l'on en vînt à cette extrémité; le patrimoine de l'aliéné en souffre, mais l'interdiction a été évitée et l'administration provisoire rendue définitive, voilà le fait, voilà la vérité. Or, ne pourrait-on pas dans la révision projetée de la loi de 1838 mettre les textes d'accord avec les faits? En faisant intervenir la justice, non pas seulement dans la nomination de l'administrateur provisoire, mais dans la constation même de l'état mental du malade, ne serait-on pas en droit de donner à l'administrateur le pouvoir de faire désormais, sous le contrôle du tribunal, tous les actes nécessaires à la gestion du patrimoine qui lui est confiée. La loi de 1880 est entrée dans cette voie; il nous reste à expliquer brièvement les décisions qu'elle a prises à ce sujet.

282. — Si nous l'approuvons d'avoir en principe permis la vente des valeurs à l'administrateur provisoire, peut-être ferions-nous quelques réserves relativement aux formalités auxquelles cette vente a été soumise. Ces formalités sont exactement celles imposées au tuteur. C'est donc à ce point de vue l'assimilation complète entre cette administration et le système résultant de l'interdiction. Un tel résultat constitue bien, ce semble, une anomalie réelle; et même en appelant de nos vœux une réforme qui pût élargir les pouvoirs

Digitized by Google

de l'administrateur, nous ne saurions, à moins de supprimer l'interdiction elle-même, demander à ce que ces deux situations fussent ainsi confondues dans leurs conséquences. Ce qui distingue la tutelle, ce sont les pouvoirs conférés à la famille même ; cette administration n'est exercée que sous le contrôle des parents; c'est cette constitution de la famille en assemblée supérieure chargée du soin de la personne et des biens de l'incapable qui est le caractère même de la tutelle et par suite de l'interdiction ; rien de semblable ne saurait exister dans l'administration provisoire. Dans aucun cas l'administrateur n'est même indirectement le mandataire de la famille, puisqu'il n'est jamais nommé par elle ; souvent même il est directement et de plein droit choisi parmi les membres des commissions administratives sans que la famille ait en rien provoqué cette désignation ; elle est restée étrangère aux précautions prises dans l'intérêt du malade interné ; et dans les cas même où elle s'emploie pour qu'un administrateur soit nommé, cette désignation est faite par le tribunal seul. En un mot il n'y a que la justice qui intervienne en pareil cas, la famille n'a pas droit d'ingérence ; si elle voulait faire reconnaître ses prérogatives, elle devait provoquer l'interdiction ; elle a craint de le faire, donc elle est restée étrangère à la direction et aux intérêts du malade qui restent confiés à la justice seulement. Aussi regardons-nous comme une sorte d'immixtion anormale, et presque illégitime, cette nécessité imposée par la loi nouvelle de consulter le conseil de famille de l'aliéné pour la vente de ses meubles incorporels. N'est-ce pas sanctionner, légaliser tout ce système irrégulier contre lequel s'élevait dernièrement encore devant la Cour de cassation le rapporteur dont nous citions les paroles (1)? Oubliait-il donc, depuis bientôt plus de deux ans que la loi nouvelle est entrée dans la pratique et aussi dans l'ère des difficultés, que cette existence d'un conseil de famille nommé à l'aliéné non interdit, ces demandes en homologation, cette tutelle au petit pied sans subrogé-tuteur, sans organisation complète et précise, tout cela existe pour un cas au moins, de par la loi elle-même? Voulait-il au contraire mieux faire ressortir cette confusion des deux matières en la restreignant strictement dans les termes où l'a sanctionnée la loi de 1880?

D'ailleurs l'inconséquence est manifeste ; les soupçons de la loi, lorsqu'il n'y a pas eu interdiction, viennent uniquement de ce qu'elle craint une incapacité insuffisamment constatée et par suite un internement injustifié ; si cela existe, d'où peut-il provenir sinon de la famille? La loi n'a-t-elle pas à craindre, malgré toutes les précautions prises, que le malade soit gardé à tort dans l'établissement, que sa famille trouve à sa réclusion avantage et profit, peut-être même en vue de l'administration de ses biens? Or que va-t-il arriver? La pratique antérieure soumettait au seul contrôle de la justice,

1. D. 82, 1, 367.

Digitized by Google

tout au moins du président, toutes les aliénations de valeurs; la loi de 1880 laisse à la discrétion du conseil de famille toutes celles dont l'importance pécuniaire est inférieure à 1500 francs. En pareil cas la justice n'a plus à intervenir; la famille, dont la loi de 1838 s'était défiée, peut-être à juste titre, reprend en vertu de la loi de 1880 sa libre ingérence; ce qui n'empêchera pas la Cour de cassation en 1882 de déclarer en pareil cas les soupçons légitimes et bien fondés. En fait cette anomalie conduit encore à quelque chose de bizarre et nous oblige à distinguer entre les deux sortes d'administration.

283. — Lorsqu'il s'agit en effet de l'administrateur légal, la famille en ce cas est restée complètement étrangère aux mesures prises dans l'intérêt du malade; les commissions administratives sont seules chargées de ses intérêts pécuniaires; on ne pouvait donc à moins d'aller contre les faits investir les parents d'un droit qu'ils se refusent à exercer. Alors les commissions administratives exerceront les fonctions attribuées au conseil de famille et seront appelées à donner leur autorisation pour la vente des valeurs; cette autorisation suffira pour celles qui seront estimées au-dessous de 1500 francs. Au cas d'administrateur datif, le conseil de famille, s'il n'a pas provoqué lui-même la nomination, a dû au moins être consulté; il ne saurait du reste être question des commissions administratives, si le malade est dans un établissement privé; c'est alors le conseil de famille qui reprend son rôle et qui exerce les fonctions pour lesquelles la loi l'a désigné (Loi de 1880, art. 8). Ajoutons enfin qu'au cas d'administration provisoire, la sanction spéciale établie par la loi pour l'observation des mesures qu'elle édicte, ne peut plus exister, il n'y a pas de subrogé-tuteur. L'administrateur a donc en fait la faculté de se soustraire à l'observation de la loi; ceci, il est vrai, ne se présentera guère que s'il existe des titres au porteur (1). Quoi qu'il en soit, ce défaut de garantie est au moins regrettable à propos d'une administration dans laquelle la loi semble avoir moins confiance que dans celle qui résulte de la tutelle ou d'une procédure d'interdiction.

284. — Les innovations de la loi sont encore de nature à jeter le trouble sur une question délicate dont l'examen terminera cette matière. On conçoit que la nomination d'un administrateur provisoire donne lieu aux mêmes difficultés que celles qu'apporte l'interdiction dans les rapports pécuniaires des époux; à notre avis elles seront résolues d'après les mêmes principes. On appliquera donc, au cas d'internement du mari comme à celui où ce dernier serait nommé administrateur des biens de sa femme aliénée, les solutions analogues à celles que nous avons données en traitant de l'interdiction; le point délicat est celui où un tiers autre que le mari serait désigné

1. Buchère, Loi de 1880 n° 131.

Digitized by Google

par le tribunal. Il semblerait bien, d'après les règles indiquées plus haut, que cette nomination serait légitime pour les cas seulement où la femme eût des biens personnels dont elle se fût réservé l'administration, ce qui n'arrivera guère en général que sous le régime de séparation de biens ou pour les paraphernaux sous le régime dotal. Cependant cette conclusion se trouve contredite par un arrêt récent de la Cour de cassation. La Cour de Rouen avait admis, et la Cour suprême fut de cet avis (1), qu'un tiers avait pu être nommé administrateur aux biens de la femme commune en biens, sans que cette situation portât atteinte directe aux droits du mari; or la seule raison invoquée fut que cet administrateur ne pouvant jamais, quelles que soient les formalités dont il l'entoure, réaliser aucun acte de disposition, ses pouvoirs se réduiraient à la conservation intégrale du patrimoine dont le mari garde la jouissance, et n'iraient jamais jusqu'à se substituer aux prérogatives de celui-ci pour les actes importants qui supposent une réelle initiative; que par suite il n'y avait pas violation des articles 1421 et 1428. Cette affirmation était-elle bien exacte? Elle pouvait l'être dans l'énoncé de l'arrêt de la Cour de Rouen rendu le 25 février 1880 ; mais l'était-elle encore dans celui de la Cour de cassation au 14 février 1881?

Entre les deux était intervenue la loi de 1880, qui dans l'espèce alors pendante ne pouvait avoir aucun effet rétroactif, mais qui aujourd'hui devrait sensiblement modifier les solutions admises alors par la cour suprême, même en admettant qu'elles eussent été de tous points conformes aux principes généraux. Quels sont donc en effet ces pouvoirs importants que la nomination de l'administrateur provisoire laisse subsister aux mains du mari? A nous en tenir aux biens personnels de la femme, il ne saurait être question des actes relatifs à la propriété immobilière; l'article 1428 les soustrait à son pouvoir; restaient donc les actions mobilières et les ventes de meubles même incorporels, suivant une opinion régnante. Les premières lui sont encore réservées, l'administrateur n'ayant jamais le droit de les exercer (art. 33 loi de 1848) ; mais les secondes lui sont ravies, elles vont dépendre désormais d'un conseil de famille qui peut lui être hostile, souvent d'une commission administrative complètement étrangère au mari. Et s'il s'agit des biens communs, ira-t-on jusqu'à dire que l'administrateur conservera sur eux les mêmes pouvoirs? La Cour de cassation paraît bien l'admettre puisqu'elle cite l'article 1421 parmi ceux auxquels cette administration ne saurait porter grave atteinte. Une telle affirmation est-elle encore possible si l'on prétend que l'administrateur autorisé du conseil de famille, pourra vendre les valeurs communes? Au moins faudra-t-il le consentement du mari propriétaire et dans tous les cas le prix total provenant de l'aliénation devra-

1. Rouen, 25 févr. 1880. D. 81, 2. 76 et la note. Cass. Rej. 14 fév. 1881 D. 81, 1, 375.

Digitized by Google

t-il être remis entre ses mains. La Cour de cassation a-t-elle prévu toutes ces complications? Mais comment du moins pourrait-on soutenir encore aujourd'hui, en présence de semblables résultats, que la la nomination d'un tiers administrateur des biens de la femme ne porte pas atteinte aux droits du mari sous le régime de communauté? La vérité est qu'elle constituerait une privation totale des droits d'administration qui lui appartiennent sur les biens de la femme, et une sérieuse atteinte à ses prérogatives relativement au patrimoine commun. C'est d'ailleurs la conclusion qui était en germe dans l'arrêt de la Cour; et c'est pourquoi nous faisions nos réserves à son sujet même indépendamment de toutes considérations tirées de la loi de 1880. Nous ne connaissons aucun texte qui permette d'enlever au mari ses pouvoirs d'administration sous prétexte qu'il trahit les intérêts de la femme; contre cette gestion déloyale ou inhabile, il n'est qu'un remède, la séparation de biens, et l'internement de la femme ne saurait empêcher qu'elle fût poursuivie en son nom par un mandataire judiciaire spécial, nommé par le tribunal à l'instigation des intéressés, en vertu de l'article 33 de la loi de 1838. Et si ces craintes se présentent, comme dans l'espèce soumise à la cour de Rouen, au cours d'une instance en séparation de corps, on appliquera les mesures de précaution édictées par les articles 270 et 271 pour le cas de divorce et que la pratique n'a jamais hésité à étendre au cas qui nous occupe.

285. — Cet essai d'extension de la loi nouvelle aux cas prétendus similaires prouve donc, par les inconséquences qu'il présente et les difficultés qu'il soulève, qu'il ne faut pas attendre les réformes en pareille matiere de lois spéciales réglant un point isolé; mais que celles-ci ne peuvent venir que d'une réglementation générale faite au point de vue seulement de chacune des matières qui les réclament. Ceci peut suffire à consoler les jurisconsultes qui regrettent l'application restreinte qui a été faite, dans la loi elle-même, des dispositions édictées en faveur de la conservation des valeurs mobilières, et engager nos législateurs à hâter les réformes d'ensemble qui sont attendues pour les différents cas d'administration légale (1).

1. Un projet de réforme de la loi de 1838 vient d'ailleurs d'être présenté dernièrement, lequel propose l'intervention du magistrat lors de l'internement du malade, ce qui répond au vœu que nous exprimions et permettrait dès lors d'accorder à cette situation des effets à peu près analogues à ceux de l'interdiction.

Digitized by Google

CHAPITRE IV

PROPRIÉTAIRES RÉDUITS AU ROLE D'ADMINISTRATEURS DANS L'INTÉRÊT D'AUTRUI ET POUVOIRS DES DIFFÉRENTS ADMINISTRATEURS D'UNE SUCCESSION.

286. — Jusque-là, conformément au sujet de notre travail, nous avons étudié les pouvoirs des administrateurs du bien d'autrui; nous avons laissé de côté toute une catégorie de propriétaires qui, bien que laissés à la tête de leur patrimoine, ont été, dans leur propre intérêt ou par suite d'une idée de subordination domestique, frappés d'une demi-incapacité et réduits à ne pouvoir agir seuls que dans la limite des actes d'administration. Il ne s'agit plus là d'administrateurs au sens exact du mot; ils ne sont mandataires de personne; leur intérêt seul ou l'intérêt de la famille a réduit leur propre capacité; l'intérêt d'autrui n'est plus en jeu; nous n'avions pas à nous en occuper. Si nous rappelons cette situation juridique si différente de celle des mandataires légaux, c'est qu'entre ces deux hypothèses, celle de l'administrateur du bien d'autrui, n'ayant d'autres droits sur le patrimoine soumis à sa gestion que ceux qu'il tient de la loi ou de la volonté même du mandant, et le propriétaire réduit dans son propre intérêt à n'avoir relativement à ses biens que les pouvoirs d'un simple administrateur, se place une situation mixte au sujet de laquelle il nous fallait prendre parti et que nous ne pouvions, sans discussion aucune, soumettre ou soustraire à notre étude; cette situation est celle de l'héritier bénéficiaire. En tant qu'héritier, il est propriétaire des biens de la succession et cette qualité semblerait devoir le faire ranger en dehors du cadre de notre sujet; mais en tant que favorisé du bénéfice d'inventaire, il est réduit, dans l'intérêt même des créanciers héréditaires et des légataires, au rôle d'administrateur. Comme le tuteur, comme l'envoyé en possession, il est, en tant qu'il reste bénéficiaire, un administrateur responsable et par suite assimilable aux mandataires légaux qui font l'objet de ce travail. Bien loin de voir ses pouvoirs diminués en raison d'une incapacité personnelle, nous devons dire que même en agissant en dehors des limites posées à son administration, il ne saurait porter atteinte à la pleine validité des actes qu'il a accomplis, si excessifs soient-ils. Il n'est donc pas assimilable à l'émancipé qui peut faire annuler les aliénations faites par lui sans le consentement de son curateur, ni à la femme mariée dont la gestion, indépendante de toute autorisation maritale,

Digitized by Google

crée à son profit et à celui du mari une action en nullité de l'acte accompli. En pareil cas, il y a eu défaut de droit en la personne des contractants; le résultat juridique que l'on voulait atteindre manque d'un des éléments essentiels de validité. Il en est tout autrement, nous le verrons, des aliénations accomplies par l'héritier bénéficiaire en dehors des formes prescrites; accomplies par un propriétaire maître de ses droits, elles restent valables; mais en tant qu'elles peuvent porter atteinte aux droits des créanciers et légataires, elles engagent d'une façon absolue la responsabilité de l'héritier qui les a accomplies et donnent droit aux intéressés sur le patrimoine personnel de l'héritier. La sanction des restrictions apportées au plein pouvoir du propriétaire est donc une simple question de responsabilité, et le motif de ces restrictions n'est autre que l'intérêt d'autrui. C'est dans l'intérêt d'autrui que l'héritier bénéficiaire doit se maintenir dans son rôle d'administrateur; c'est parce qu'il détient un patrimoine qui, bien que devenu le sien, est resté le gage exclusif des créanciers et par suite affecté au droit d'autrui qu'il ne peut plus, sans déchoir du privilège que la loi lui accorde, exercer ses pleins pouvoirs de propriétaire. Vis à vis des créanciers et légataires, il ne peut donc rester héritier bénéficiaire qu'à la condition de rester administrateur; s'il agit en propriétaire, il cesse de conserver son bénéfice; à leur égard, le propriétaire disparaît, au moins dans une mesure que nous indiquerons, l'administrateur seul subsiste. Si donc nous voulons étudier les pouvoirs de l'héritier bénéficiaire, en tant qu'il veut s'assurer la conservation de son bénéfice, sa situation, on le voit, se rapproche fort de celle des mandataires légaux, administrateurs du bien d'autrui; elle s'éloigne, au contraire, de celle des incapables dont le droit de disposer n'a été restreint que dans leur propre intérêt. A ce titre, l'étude des pouvoirs accordés par la loi à l'héritier bénéficiaire devait donc rentrer tout naturellement dans le cadre de notre sujet.

287. — Nous ajouterons que cette étude était indispensable pour compléter celle que nous avons faite du tuteur, puisque le mineur ne peut accepter que bénéficiairement les successions qui lui sont échues et que par suite les deux qualités de mineur en tutelle et d'héritier bénéficiaire se trouvent en pratique fort souvent réunies. Enfin la nouvelle loi de 1880 a eu une influence au moins indirecte sur la situation de l'héritier bénéficiaire; à ce point de vue encore nous devions achever l'examen que nous avons fait de cette loi. Autour de l'héritier bénéficiaire nous grouperons d'autres administrateurs dont la gestion a un but analogue, administrer et liquider une succession : le successible qui avant de prendre qualité se livre aux actes d'administration les plus urgents; puis le curateur à succession vacante et l'exécuteur testamentaire.

Digitized by Google

288. — Enfin nous terminerons ce chapitre en étudiant les pouvoirs des grevés de substitution ; ici encore, il s'agit d'un propriétaire qui doit respecter les droits éventuels d'autrui, d'un propriétaire qui rétroactivement pourra n'être considéré que comme n'ayant jamais été qu'administrateur du bien d'autrui. Jetant alors un regard en arrière, nous aurons à nous demander, parmi les actes accomplis par lui, quels sont ceux qui doivent être maintenus ou annulés à l'égard de nouveaux ayants-droit, et si l'aliénation des valeurs mobilières doit être ou non au nombre des premiers.

De l'héritier bénéficiaire et des différents administrateurs d'une succession.

289. — Nous devons avant de parler de l'héritier bénéficiaire, dire quelques mots du successible qui avant de prendre qualité accomplit relativement aux biens héréditaires les actes d'administration les plus urgents. La règle est en pareil cas, que tout acte qui suppose par lui-même l'exercice du droit souverain de propriété, constitue de la part de l'héritier une acceptation tacite : puisqu'il prend sur lui d'agir en propriétaire, c'est donc qu'il se reconnaît héritier. La situation serait toutefois étrangement difficile, si, réduit aux actes purement conservatoires, il n'osait faire aucune vente, même des meubles les plus chétifs, sans s'exposer à être considéré comme acceptant. Aussi la loi lui permet, à condition d'obtenir l'autorisation du président du tribunal, de procéder à la vente des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver ; le tout sans compromettre sa qualité de successible délibérant. Outre l'obligation d'obtenir une ordonnance du président, la vente doit être accomplie par un officier public et suivant les formes ordinaires des ventes en justice (art. 794, Cod. civ., et 986, Cod. pr. civ). On a pu se demander en se fondant sur l'article 986 qui parle d'effets mobiliers sans restriction s'il pouvait, en se soumettant à ces diverses formalités, requérir la vente d'un meuble quelconque et même d'un meuble incorporel. Notre avis est qu'il faut se référer aux expressions de l'article 796 auquel renvoie l'article 986 lui-même, et permettre au président d'autoriser la vente d'un objet quelconque, fut-ce un titre ou une valeur, du moment qu'il rentre dans les conditions exigées par ce texte. Si donc la succession comprend des valeurs d'une société qui menace ruine, elles se trouveront rentrer dans la classe des meubles susceptibles de dépérir dont parle l'article 796, et nous pensons que le président pourrait en autoriser l'aliénation. Il faut remarquer que ce successible n'est pas un liquidateur de la succession ; puisqu'il ne peut être question de liquider une succession qui n'a été ni répudiée, ni acceptée et que la loi en pareil cas n'admet pas la nomination d'un curateur. Les créanciers

Digitized by Google

exerceront leur poursuite contre les divers successibles, sauf à ceux-ci à leur opposer l'exception dilatoire qui leur est offerte. Ce successible ne pourrait donc sous prétexte de payer des dettes imminentes demander l'autorisation de vendre ni valeurs ni effets mobiliers quelconques. Toute aliénation faite en dehors des circonstances et sans les formalités que nous venons d'indiquer, serait regardée, de la part du successible, comme une acceptation qui le constituerait heritier pur et simple.

Nous devons compléter ces explications en disant quelques mots d'une pratique aujourd'hui passée en usage quoiqu'elle ne trouve sa base dans aucun des articles du Code civil en matière de succession. Il s'agit du cas où il y a plusieurs successibles délibérants et qu'il devient urgent d'administrer la succession. S'ils étaient copropriétaires, ils pourraient donner en commun à un tiers le mandat de procéder aux actes que la situation rend nécessaires ; mais un tel procédé vaudrait de leur part acceptation, et d'un autre côté il paraît difficile de les réduire à agir chacun pour soi, dans la limite de sa propre responsabilité ; dans ces circonstances les successibles appelés à une même succession prirent le parti, pendant le délai que la loi leur accorde de s'adresser à la Chambre du Conseil, ce qui est toujours la ressource suprême en pareil cas. La Chambre du Conseil se montra difficile ; elle voulut au moins sauver le principe et posa en thèse qu'il y avait lieu de refuser cette nomination à moins que des circonstances spéciales exigeassent d'urgence que certains actes fussent accomplis ; les administrateurs judiciaires ainsi nommés voient donc généralement leurs pouvoirs exactement tracés par le jugement d'investiture, et celui-ci désigne même le plus souvent les actes en vue desquels ils sont nommés. Sans doute ils pourront, sans qu'il soit besoin de désignation spéciale, procéder aux mesures de conservation les plus simples et les plus urgentes, ainsi assurément recevoir un paiement et donner quittance ; mais il ne peuvent procéder à aucune vente d'aucune sorte. La question en ce qui nous occupe est donc, comme pour le successible, de savoir si la Chambre du Conseil pourrait, dans le jugement qui nomme l'administrateur, lui permettre une aliénation de valeurs mobilières. Les premières décisions de la Chambre du Conseil furent pour la négative (1). Pour vendre en effet il faut être propriétaire ou agir au nom de celui-ci, or de propriétaire il n'y en a pas encore, et personne ne veut assumer ce titre ; la justice avait-elle le droit de revêtir en quelque sorte cette qualité et de s'attribuer ainsi les pouvoirs qui en dépendent ? Elle peut le faire, au cas de vacance de la succession, elle nomme alors un curateur qui sous son contrôle peut effectuer les actes de propriété ; cette ressource lui est interdite dans

1. Berlin, *loc. cit.* t. 2. V° Administrateur Judiciaire. Jur. V° 7, (21 nov. 1850).

Digitized by Google

notre hypothèse (art. 811). Il semble donc bien qu'elle n'ait pas à s'immiscer dans les affaires d'autrui, lorsqu'aucun intérêt n'est véritablement en péril. Cependant l'exemple de l'article 796 était un précédent; nous avons dit que le président par simple ordonnance peut autoriser la vente des valeurs qui par les menaces dont elles sont l'objet peuvent rentrer dans l'hypothèse prévue par ce texte; la Chambre du Conseil prenant sa place devait avoir le même pouvoir ; n'en avait-elle pas un peu plus? C'est la question qui finit par se poser; et de fait la Chambre du Conseil paraît tendre en général à élargir de plus en plus sa compétence en cette matière (1) Tout ce que l'on peut dire cependant, c'est qu'elle n'est assurément pas liée par les termes précis de l'article 796, mais qu'elle l'est au moins par la notion très large de ce qu'il faut entendre en droit par le mot administration. Sans doute nous ne pouvons lui faire l'application de la distinction de l'article 1988, telle que nous l'avons posée; elle ne peut avoir été faite pour l'hypothèse où la justice elle-même prend en main l'intérêt d'autrui : on ne peut dire que l'acte de propriété lui soit absolument interdit, lorsque ce sont les intéressés eux-mêmes qui recourent à elle pour la sauvegarde de leurs droits éventuels. C'est une autre idée qui doit nous guider; il n'y a plus à se référer à la nature même de l'acte, mais au degré d'urgence que présentent les circonstances. La justice en pareil cas ne doit faire que l'indispensable; mais elle peut y pourvoir quelque soit le caractère juridique de l'acte devenu nécessaire. Pour les raisons indiquées à propos du simple successible, nous ne reconnaîtrons pas qu'il y ait un motif suffisant à son intervention s'il s'agit de mesures simplement provoquées en vue de la liquidation. Enfin si parmi les successibles se trouvait un mineur, la Chambre du conseil pour autoriser la vente des valeurs, quelle que soit leur quotité, n'aurait pas à provoquer une délibération préalable du conseil de famille. Celle-ci n'est exigée que pour les valeurs qui appartiennent au mineur; or celui-ci, tant qu'il n'a pas accepté, n'est pas considéré comme propriétaire des biens de la succeseion; et la chambre du conseil en exigeant l'application des formalités de la loi de 1880 semblerait presque le constituer acceptant contre son gré, ce qui est impossible.

290. — Supposons maintenant que le successible ait pris qualité, qu'il ait accepté sous bénéfice d'inventaire; la question qui se pose à son sujet, analogue à celle que nous avons étudiée relativement à chacun des différents administrateurs comptables est celle-ci : Peut-il seul et sans autorisation d'aucune sorte, aliéner les valeurs mobilières dépendantes de la succession? Cette aliénation est-elle au contraire un de ces actes qui aient pour effet d'en-

1. V. surtout, jug. du 29 nov. 1851. Bertin 2. *loc. cit.* J. N° 8.

Digitized by Google

traîner la déchéance du bénéfice qui lui a été acquis et de le constituer héritier pur et simple? Deux systèmes principaux autour desquels viennent se grouper des solutions qui les modifie sur quelques points de détails seulement, ont apporté chacun une réponse opposée à cette question. Le premier, laissant à l'héritier bénéficiaire toute liberté au sujet de l'acte qui nous occupe, prétend qu'il peut aliéner les valeurs sans autorisation d'aucune sorte et sans encourir d'autre responsabilité que celle pouvant dériver de la fraude ou de la négligence. Le second, assimilant au contraire l'aliénation des meubles incorporels à celle des immeubles, prétend que l'héritier qui l'accomplit seul, sans le consentement des créanciers, ou à leur défaut celui du tribunal, encourt la sanction qui suivrait une vente immobilière, faite en dehors des formes, c'est-à-dire la déchéance de son bénéfice. Nous nous proposons d'examiner ces deux solutions au point de vue des principes d'abord, puis au point de vue des textes.

291. — Mais avant d'entrer dans la discussion, peut-être ne sera-t-il pas inutile d'insister sur l'intérêt que les créanciers et légataires peuvent avoir en pareil cas à l'intervention de la justice. Lorsque nous traitions des pouvoirs des administrateurs du bien d'autrui, l'utilité de l'autorisation judiciaire était manifeste; elle avait pour but de garantir le propriétaire contre toute aliénation inopportune de valeurs utiles à conserver. Alors la conservation était la règle. Tout autre est la situation nouvelle en face de laquelle nous sommes placés; il s'agit d'une succession devenue le gage exclusif des créanciers du défunt; l'intérêt de ces derniers consiste uniquement à être payés et par conséquent à ce que les biens qui leur sont affectés soient vendus au plus haut cours. Si donc nous supposons la succession obérée, ce qu'il faut admettre pour justifier l'intérêt des créanciers, nous devrons dire que la conservation loin d'être la règle est devenue impossible, que la vente au contraire est indispensable. Dès lors pourquoi exiger une autorisation pour accomplir un acte nécessaire? Il semble contradictoire de faire dériver l'intention de devenir héritier pur et simple d'un acte qui, de la part du bénéficiaire, n'est que la conséquence de son rôle de liquidateur et la confirmation même du titre qu'il s'est donné. Comment! Il a mission de payer les créanciers, et pour payer il faut vendre; et, parce qu'il aliène, qu'il réalise les biens et valeurs, on l'accuse de faire un acte qui répugne à la qualité qu'il a prise : ne pourrait-on pas dire au contraire qu'il exécute simplement la mission dont il s'est chargé? Cette contradiction n'est qu'apparente. Sans doute, l'héritier bénéficiaire s'est chargé d'administrer la succession et de payer les créanciers à mesure qu'ils se présenteraient; mais nulle part il n'a pris la mission de liquider d'une façon immédiate et principale la succession qui est devenue son propre patrimoine. Il n'est pas comme le syndic d'une faillite, investi du mandat spé-

Digitized by Google

cial de régler une situation obérée. Rien même ne fait présumer que la succession soit absolument mauvaise, puisque l'acceptation bénéficiaire a pu être forcée. L'organisation du bénéfice d'inventaire n'a donc pas été faite comme celle de la faillite, spécialement en vue du règlement des dettes. Ainsi les créanciers ont conservé leur droit de poursuite, comme s'ils se trouvaient en face de leur débiteur primitif ; si l'héritier ne prend pas les devants et néglige de réaliser les biens, les créanciers peuvent faire saisir et se faire payer individuellement ; l'héritier lui-même, s'il n'y a pas d'opposition émanant de créanciers autres que le poursuivant, n'a pas à se préoccuper des droits des autres, et peut payer intégralement ceux qui se présentent comme ferait un propriétaire poursuivi sur ses propres biens. C'est qu'en effet tel est bien son rôle et sa situation ; et quand il vend, il n'agit pas comme un liquidateur chargé de réaliser et payer, mais bien comme un propriétaire transformant son patrimoine et détournant de la masse héréditaire une valeur qui était le gage d'autrui. Peu importe que cette valeur soit remplacée par du numéraire destiné à payer les créanciers, rien n'assure ces derniers qu'il profiteront de cette transformation en espèces, car aucune mesure n'a été prise pour leur en assurer le bénéfice. Un créancier plus diligent pourra se faire payer seul sur le bien vendu ; les autres, s'ils sont opposants, n'avoir de recours que contre l'héritier, et rien n'assure qu'il ne soit pas illusoire ; et s'ils n'ont pas formé opposition, n'avoir d'autre ressource que d'exiger le rapport de ce qui a été payé aux légataires, s'il y en a. Il est donc nécessaire, indispensable, que la vente qui est l'acte de réalisation par excellence, ne puisse passer inaperçue ; et puisque aucune mesure n'est prise pour avertir et convoquer les créanciers, il n'y a dès lors que la justice qui puisse en leur lieu et place intervenir à la vente.

292. — A un autre point de vue, cette intervention est nécessaire. Les créanciers ont intérêt à ce que la vente ait lieu au plus haut prix et intérêt à ce que le prix réel leur soit exactement connu. Or lorsqu'il s'agit de valeurs mobilières, les cours varient suivant l'époque de la vente ; il est donc utile que les créanciers, ou le tribunal à leur place, puissent être juges de l'opportunité de la négociation. Sans doute, nul ne pourra l'interdire à l'héritier propriétaire et libre. Mais du moins les ayants-droit peuvent-ils lui poser cette alternative : vendez, vous êtes libre, et par là vous assumez la responsabilité des dettes sur votre propre patrimoine ; ou si vous voulez conserver votre bénéfice, attendez une reprise des cours. Les variations auxquelles nous faisons allusion ne peuvent se présenter dans la valeur des immeubles qu'à la suite d'intervalles qui ne peuvent que difficilement se produire pendant la liquidation d'une succession ; et cependant ces biens ne peuvent être vendus par l'héritier bénéficiaire que du consentement des

Digitized by Google

créanciers ou, à leur défaut, celui du tribunal. Enfin, il importe que les creanciers puissent connaître exactement le prix que la vente aura produit. Cette détermination est facile au cas de vente immobilière, car sauf le cas de contre-lettre, l'acte de vente fera connaître le prix exact. Et même à défaut d'acte, la valeur pourrait être assez facilement estimée d'une façon approximative ; et cependant l'autorisation du tribunal, l'obligation pour l'héritier d'observer certaines formes de publicité, viennent encore augmenter à ce sujet les garanties des créanciers. Si rien de tout cela n'existe au cas de vente de valeurs, nous pouvons à bon droit nous demander quel moyen restera aux créanciers et légataires de s'assurer que partie du prix n'a pas été dissimulée et consommée par l'héritier? S'il s'agit de titres nominatifs négociés par voie de transfert, le cours sera indiqué, cela est vrai ; mais ce mode de transmission n'est pas le seul ; et si la vente a eu pour objet des titres au porteur, on peut dire que les intéressés restent à la merci de l'héritier.

293. — Ainsi donc à trois points de vue, l'intervention de la justice est nécessaire pour la garantie des droits des créanciers : 1° En ce que l'héritier bénéficiaire vendeur agit, comme propriétaire et non comme liquidateur, que par suite la vente pourrait être opérée à l'insu des créanciers et le prix en être dissipé au lieu de tourner à leur profit ; 2° en ce que l'autorisation préalable, indiquant par suite l'époque de la vente, offre aux créanciers le seul moyen exact de connaître les cours existant lors de l'aliénation ; 3° enfin en ce que les créanciers ayant intérêt à ce que la vente soit faite au plus haut prix possible, l'autorisation judiciaire est nécessaire pour éviter une aliénation précipitée, désavantageuse, inopportune, et pour assurer l'existence des conditions et l'emploi des formes les plus propres à faire hausser le prix. Nous devons même insister sur cette remarque déjà faite qu'ici l'autorisation n'ayant pas pour but un intérêt de conservation dans le patrimoine des biens aliénés, la nécessité de l'intervention judiciaire est, en pareil cas, en raison directe, non pas de la nature relative du bien mis en vente, mais de sa puissance de mobilisation, de sa facilité de transmission. Aux autres cas d'administration légale, le Code a pu penser, c'est un système que nous avons repoussé, mais qui du moins a son importance réelle, que les immeubles présentant au plus haut degré un intérêt suprême de conservation, c'est pour eux seuls qu'il pouvait imposer la gêne d'une autorisation ; s'il avait raisonné de même à propos de l'héritier bénéficiaire, on peut dire qu'il eût commis un contre-sens économique et juridique. Car il n'y a plus à considérer l'intérêt du propriétaire qui aliène ; et peu importe, dès lors, le prix attaché à l'existence de telle ou telle catégorie de biens dans son patrimoine ; il n'est plus question que de garantir le paiement dû à certains créanciers ; or la vigilance du législateur doit s'appliquer plus

Digitized by Google

encore aux valeurs mobiles et dont la transmission peut ne pas laisser trace, plutôt qu'aux biens fonds au sujet desquels la fraude est moins redoutable. Ce contre-sens, le Code l'a-t-il commis ? C'est ce qu'il nous reste à rechercher. Nous devons, avons-nous dit, examiner les deux systèmes en présence, au point de vue des principes et au point de vue des textes.

294. — Un grand nombre d'auteurs ont cru devoir, dans le silence du Code, se référer par analogie, pour étudier la nature même du bénéfice d'inventaire, et l'étendue des pouvoirs conférés au bénéficiaire, à divers types d'administration légale, qui semblent s'en rapprocher par certains côtés. Les uns ont pris modèle sur l'administration du tuteur (1). La loi elle-même semblait les y convier : l'article 450 n'est-il pas rédigé à peu près comme l'article 803 ? Et les pouvoirs conférés à l'un comme à l'autre, ne doivent-ils pas être identiques puisque l'expression d'où ils dérivent est la même ? Cette assimilation d'ailleurs n'est pas isolée dans nos textes, témoin l'article 747 Cod. pr. civ. et l'avis du conseil d'État de 1808. D'autres ne pouvant consentir à trouver quelque analogie entre la situation du tuteur chargé de conserver et faire fructifier le patrimoine d'autrui, et celle de l'héritier bénéficiaire vrai propriétaire, laissé à la tête de son patrimoine, et ne subissant quant à ses pouvoirs de restriction, qu'en vue du paiement des créanciers dont il détient le gage, ont cru être mieux avisés en cherchant leur point de contact parmi les administrateurs propriétaires, tels que les incapables. Ici, encore, nous l'avons démontré, il y a entre les deux situations plutôt opposition qu'analogie ; restait la ressource des administrateurs spécialement nommés en vue d'une liquidation, tels que les syndics, ou mieux encore le curateur à succession vacante, ce dernier ayant même dans une certaine mesure été assimilé par la loi à l'héritier bénéficiaire (art. 814). Nous avons déjà dit que, si l'héritier bénéficiaire a mission de procéder à la liquidation de la succession, ce n'est là ni son rôle principal, ni le but direct de l'administration qui lui est confiée ; de plus sa qualité de propriétaire crée une différence profonde entre sa situation et celle des différents mandataires légaux desquels on le rapproche. Le mieux est donc de conclure, avec M. Léon Michel (2), « que ces différentes analogies ne sont jamais adéquates et que la seule façon logique de procéder est, au contraire, d'examiner la situation de l'héritier bénéficiaire en elle-même, et d'en déduire les pouvoirs qu'il convient de lui reconnaître. »

295. — Le caractère propre de la situation de l'héritier bénéficiaire dé-

1. Demol. t. XV, n° 264.
2. *Loc. cit.* n° 117, p. 246.

Digitized by Google

rive donc de sa double qualité de propriétaire et d'administrateur. Il est propriétaire et propriétaire capable, si bien qu'aucun des actes accomplis par lui, fût-ce même au détriment des créanciers et légataires, ne peut-être annulé. Sa responsabilité peut en être engagée, la loi a pu prononcer contre lui une déchéance, et donner aux créanciers et légataires une garantie nouvelle, elle n'a pu porter atteinte aux actes faits par cet héritier dans la plénitude de son droit. Mais en même temps que propriétaire, et en tant seulement qu'il veut éviter la déchéance de son bénéfice, il est administrateur, et administrateur aussi bien dans son intérêt propre que dans celui des créanciers. Il y a donc conflit entre ces deux qualités opposées, laquelle doit l'emporter? Le premier système répond ; celle de propriétaire; c'est là en effet le titre vrai, le titre réel de l'héritier. L'autre dérive d'une fiction. Du jour même de sa vocation héréditaire, il a été investi de la propriété de tous les biens du défunt ; il s'est trouvé être son représentant et le continuateur de sa personne ; cette qualité lui a été confirmée par l'acceptation qu'il a faite de la succession. Mais en vertu de ce double titre il se trouverait obligé sur tous ses biens et personnellement au paiement des dettes *in infinitum* à l'égard des créanciers héréditaires. Ceux-ci, qui avaient contracté seulement en vue du crédit que pouvaient leur offrir la fortune et l'état des affaires de leur débiteur primitif, allaient voir leurs garanties s'augmenter de la fortune personnelle de l'héritier. Il semblait donc de toute justice que l'héritier pût restreindre le droit de ces derniers au patrimoine du défunt qui seul formait leur gage légitime. La loi, afin de favoriser les acceptations, le lui a permis. Sous la condition d'un inventaire en due forme, elle admet qu'il puisse séparer fictivement les deux masses de biens, et laisser intact ce qui doit être le gage exclusif des créanciers du défunt. La situation de ces derniers n'a donc pas changé, sinon en ce que leur gage ne peut plus s'accroître que par l'accumulation des revenus, mais il leur reste tel qu'il était entre les mains de leur débiteur primitif; ils peuvent le poursuivre à leur gré, et en opérer la liquidation. Mais ont-ils acquis pour cela, sur ce patrimoine plus de droits qu'ils n'en avaient du vivant de leur débiteur ? Nullement ; ils restent ce qu'ils étaient ; la loi aurait pu les charger eux-mêmes de la liquidation, et leur abandonner la masse héréditaire, sauf à eux à tenir compte du reliquat à l'héritier ; elle ne s'est pas cru en droit de le faire sans le consentement de celui-ci (art. 802). C'est qu'en effet tout ce que la loi a voulu, c'est que rien ne fût changé à la situation antérieure ; avant le décès, ce patrimoine appartenait à un propriétaire qui même vis à vis de ses créanciers était libre de ses actes, sauf le cas de fraude ; il en est encore de même, cette situation se continue dans la personne de l'héritier représentant du défunt.

Digitized by Google

Il reste propriétaire au même titre et avec les mêmes prérogatives que ce dernier; il se trouve être à la tête de deux masses distinctes, mais ses droits sur l'une et sur l'autre sont les mêmes; si bien qu'on pourrait dire que pour lui cette distinction n'existe pas, mais qu'elle a été faite seulement pour séparer ses créanciers en deux groupes, d'un côté ses créanciers personnels qui restent en possession de sa fortune personnelle, et de l'autre les créanciers qui lui viennent du défunt qui conservent leurs droits sur les biens qu'il a acquis du chef de ce dernier. Ainsi donc au regard de ses créanciers, les biens qu'il possède sont partagés en deux parts distinctes, mais au point de vue de ses droits et de ses prérogatives il n'y a plus de différence à faire; et c'est pourquoi même vis-à-vis des créanciers du défunt, il n'est pas obligé à la liquidation de la succession; c'est à ceux-ci de poursuivre individuellement et séparément comme ils auraient pu le faire contre le défunt lui-même. Tel est le principe capital, qui domine tout le système. A côté, sans doute, se placent quelques restrictions; mais elles ne dérivent pas d'une sorte d'atténuation du droit de propriété dans la personne de l'héritier; elles sont la conséquence de cette séparation de fait dont il s'est acquis le bénéfice et qui lui impose certaines obligations, entre autres celles de ne pas exercer les droits de propriétaire dans la mesure extrême où ils arriveraient à soustraire aux créanciers le gage qui leur reste. Il ne peut donc plus faire, sans déchoir de son bénéfice, aucun acte qui soit en contradiction manifeste avec le droit de ces derniers; c'est ainsi qu'il ne pourrait faire de donations à titre gratuit; de même le compromis lui est interdit, puisque ce serait remettre les droits de créanciers sur les biens de la succession à la merci d'une décision n'ayant pas le caractère légal; il ne peut transiger pour la même raison qu'il ne peut rien abandonner de son plein gré des droits qui viennent du défunt.

296. — A la rigueur ces limitations auraient pu suffire, l'héritier aurait dû pouvoir accomplir tous les autres actes nécessaires à la liquidation, sous la seule sanction de sa responsabilité. La loi cependant, dans l'intérêt des créanciers et légataires, a voulu cependant garantir deux des actes les plus importants au point de vue de la liquidation et du paiement de dettes, la vente des meubles corporels qui sont de droit les premiers sacrifiés et celle des immeubles, lesquels forment la ressource subsidiaire au cas d'insuffisance du mobilier. Pour ces deux actes seulement le Code soumet l'héritier à l'accomplissement de certaines formalités; c'est une dérogation au principe: aussi les textes procèdent-ils par voie d'énumération limitative, nul assurément n'a le droit d'ajouter à ces exceptions; nous devons admettre celles qui sont formellement écrites dans la loi, mais nous ne pouvons les étendre.

297. — On a voulu, disent les partisans de ce système, se fonder sur

Digitized by Google

l'article 803 qui donne à l'héritier le droit d'administrer la succession pour le réduire aux actes d'administration et faire revivre à son détriment la distinction célèbre, créée en vue seulement des administrateurs du patrimoine d'autrui (art. 1988). C'est une double erreur ; erreur au point de vue de la restriction arbitraire que l'on veut apporter au droit de l'héritier propriétaire ; erreur au point de vue de la sanction qui doit en être la conséquence. Loin d'être conçu en termes restrictifs, l'article 803 prouve suffisamment par sa rédaction que l'administration dont il parle doit être prise dans le sens le plus large. Il ne dit pas, comme il n'eût pas manqué de le faire à l'exemple d'autres textes (cf. 484, 1988), que l'héritier n'aura que les pouvoirs d'administration ; mais bien qu'il reste chargé de l'administration. Ce qui veut dire que, quels que soient les droits des créanciers, c'est encore lui, parce qu'il est propriétaire, qui reste à la tête du patrimoine du défunt ; que la gestion de ces biens ne peut lui être enlevée que de son plein gré, s'il en fait lui-même abandon. Et cette administration, loin d'être restrictive de ses droits, est si bien celle d'un propriétaire que le Code, au lieu de l'astreindre à la responsabilité ordinaire des administrateurs pour autrui, ne lui demande que les soins qu'il a coutume de donner à son propre patrimoine ; c'est que, si fictivement, au point de vue des créanciers, les deux masses sont distinctes, en réalité le droit de l'héritier est le même sur l'une et sur l'autre ; pour lui, ce sont encore deux masses confuses, auxquelles il apporte les mêmes soins et qu'il soumet à la même administration, en un mot qu'il gère toutes deux en propriétaire. L'administration de la masse héréditaire lui est laissée, sauf le excep tions strictes apportées par la loi, au même titre que celle même de son patrimoine personnel : voilà ce qu'a voulu dire l'article 803, il n'a pas d'autre portée. Ce serait d'ailleurs une étrange prétention, pour ne pas dire une surprise quelque peu déloyale, chaque fois que le mot administration se rencontre dans un texte, d'en faire sortir, comme par enchantement, la fameuse distinction de l'article 1988. Comme si, non seulement dans la langue usuelle, mais même dans celle de nos lois, ce terme ne signifiait jamais qu'une gestion restreinte et rigoureuse, sans s'étendre au fait lui-même de veiller aux intérêts d'un patrimoine, et par suite aux droits et aux obligations générales que ce fait comporte.

La seconde erreur est plus grave encore. Si l'on admet la distinction proposée, il faut créer une sanction pour les actes qui d'après cette classification arbitraire vont être interdits à l'héritier ; quelle sera-t-elle ? Par assimilation on serait tenté d'admettre la déchéance du bénéfice d'inventaire ; mais cette déchéance est une peine aux termes mêmes de l'article 989 C. proc. civ. ; et les peines ne s'étendent pas sans texte et par voie d'analogie. Enfin si l'on multiplie le nombre des actes défendus, va-t-on admettre une auto-

Digitized by Google

rité chargée de les autoriser ? Ille faudra bien, sinon la gestion de l'héritier, incessamment paralysée, deviendrait impossible ; si donc on admet, pour les besoins de la cause et ceux de la pratique, l'intervention du tribunal, on fait sortir la justice de son rôle, puisqu'elle ne peut s'ingérer dans l'administration des fortunes privées que sur un texte exprès et en vertu d'une mission nettement définie.

298. — Résumant toute cette discussion, les partisans du système avancent que des deux qualités réunies sur la tête de l'héritier bénéficiaire, celle de propriétaire doit l'emporter, en ce sens que en principe l'héritier a et doit avoir, sauf les exceptions portées aux lois, une administration de propriétaire où personne ne peut s'immiscer (1). M. Léon Michel ajoute à l'appui de cette assertion une comparaison séduisante entre la situation de l'héritier bénéficiaire et celle des autres administrateurs légaux. Pour ces derniers en effet, la question qui se pose est celle-ci : La loi leur a-t-elle accordé par exception le pouvoir de disposer d'une chose dont ils ne sont pas propriétaires ? Pour l'héritier, il faut dire : la loi lui a-t-elle par exception retiré le droit de disposer de ce qui lui appartient ? Dans ce dernier cas, à défaut de texte, la négative doit donc l'emporter (2). En conséquence ce système conclut que si, ce que nous aurons à voir en discutant les textes, le Code est muet relativement à l'aliénation des valeurs mobilières, l'héritier bénéficiaire doit pouvoir, sans crainte d'aucune déchéance, les aliéner seul à son gré.

299. — Ce système, à notre avis, repose sur une double confusion ; la première est d'admettre entre les deux qualités de propriétaire et d'administeur une sorte de conflit qui doive fatalement se résoudre par le triomphe de l'une sur l'autre ; et la seconde consiste à attribuer le caractère de peine et déchéance à la perte du bénéfice d'inventaire qui est la conséquence des actes excessifs accomplis par l'héritier bénéficiaire. Il importe avant tout de rétablir la vérité à ce second point de vue. Une peine se reconnaît aux motifs qui la justifient et aux conséquences qui lui sont attribuées ; ces motifs ne peuvent être que la réparation d'un préjudice matériel ou moral causé intentionnellement à autrui, et les conséquences consistent d'ordinaire dans une perte pécuniaire nécessairement imposée à celui qui l'a méritée. Or en pareil cas y a-t-il fatalement préjudice causé aux créanciers et surtout intention de leur nuire ? La négative est évidente lorsque l'actif héréditaire est supérieur au passif et que d'ailleurs la situation personnelle de l'héritier n'est pas obérée ; peut-on dire au moins que la peine qui lui est infligée consistera néces-

1. Coin-Delisle, Rev. de législ. t. XIV, p. 109.
2. M. Léon Michel *loc. cit.* n° 117, p. 247.

Digitized by Google

sairement dans une perte dont il dût souffrir? Evidemment non ; car la conséquence de la déchéance qui lui est imposée peut être tout au contraire d'augmenter le gage de ses créanciers personnels au détriment de ceux du défunt, en un mot de permettre, au moins dans une certaine opinion, la confusion des deux patrimoines, résultat auquel les créanciers héréditaires n'ont rien à gagner et l'héritier rien à perdre. Rien donc au point de vue des principes n'est plus incertain, et rien de plus inexact au point de vue du simple bon sens que le caractère pénal que l'on voudrait attribuer à la qualité d'héritier pur et simple dont le bénéficiaire va se trouver investi. D'où a pu venir une telle confusion des mots et des choses? D'une simple expression malencontreuse égarée dans un texte du Code de procédure, et même au sens grammatical fort détournée de son acception technique.

L'article 989 Code procédure dispose que l'héritier bénéficiaire doit suivant certaines formes procéder à la vente du mobilier *à peine* d'être réputé héritier pur et simple. Ce qui veut dire pour tout le monde : faute de quoi il sera réputé héritier pur et simple ; absolument comme l'on dirait du simple successible qu'il doit s'abstenir de toute aliénation à peine d'être réputé acceptant : qui oserait dire que son acceptation lui fût infligée à titre de peine? Ce n'est autre chose qu'une manifestation de volonté, laquelle sans doute peut être préjudiciable à son auteur, mais qui n'en reste pas moins de sa part un acte libre dont la loi ne fait que tirer les conséquences. Or, ce qui est vrai de l'acceptation pure et simple tacitement révélée par un acte de disposition du successible, ne l'est pas moins de celle qui résulte des actes du bénéficiaire. C'est qu'en effet tel est bien le caractère de la situation acceptée par l'héritier qui dispose en maître et se conduit comme un propriétaire libre et dégagé de toute entrave, à l'égard de la masse héréditaire : il manifeste sa volonté de devenir héritier pur et simple. Le bénéfice d'inventaire est en effet établi tout dans l'avantage de l'héritier ; la situation qui lui est faite est contraire à la conception traditionnelle de l'hérédité. La vieille idée que nos successeurs sont les continuateurs de notre personne et doivent assumer dans une mesure illimitée nos charges et obligations est encore celle qui, à tort ou à raison, représentait pour les auteurs du Code civil les principes du droit naturel, et c'est la situation de droit commun à laquelle l'héritier doit toujours pouvoir revenir. L'héritier bénéficiaire est donc toujours libre de renoncer à un privilège établi en sa faveur pour reprendre la situation voulue et désirée par nos lois; et d'ailleurs si peu qu'il puisse avoir quelque confiance dans les forces de la succession, n'aura-t-il pas à cela un véritable avantage? La gêne et les entraves qui résultent de cette séparation des patrimoines apportent à son administration d'incessants obstacles. Pour vendre il doit recourir à la justice, et celle-ci le soumet à

Digitized by Google

des formalités longues et coûteuses ; pour payer les dettes il doit respecter les oppositions formées entre ses mains, et enfin nous verrons en matière de titres nominatifs à quelle situation rigoureuse le condamne presque à perpétuité l'administration des transferts. N'est-il pas juste qu'il puisse se délivrer d'un privilège aussi lourd? N'est-il pas libre de reprendre à ses risques et périls la plénitude de ses droits ? En un mot il peut renoncer à son bénéfice pour accepter purement et simplement. Cette acceptation à deux degrés peut être, comme l'autre, expresse ou tacite; et dans ce dernier cas, elle peut, conformément à l'article 778, résulter d'un acte qui, pour sa légitimation, implique forcément la qualité d'héritier pur et simple, c'est-à-dire qui denote, chez celui qui l'accomplit, l'intention de s'exempter désormais des restrictions qu'il avait pu accepter dans l'intérêt d'autrui. Qu'en réalité cette interprétation de volonté soit exacte ou qu'elle ne le soit pas, il n'importe; la loi tire d'un fait de ce genre une présomption légale absolue, sinon elle devrait déclarer l'héritier bénéficiaire coupable d'abus de confiance ; et la fraude ne se présume pas. Ainsi donc, tout acte fait par celui-ci au mépris des droits légitimes des créanciers, est un acte qu'au regard de la loi il n'a pu faire que comme héritier pur et simple et qui par suite implique de sa part libre renonciation à son bénéfice; comme les conséquences pourront peut-être en être désavantageuses pour lui, la loi a pu sans grande hardiesse de langage s'exprimer comme elle l'a fait dans l'article 989 Code de Procédure.

300. — Ce point acquis, il nous sera facile de résoudre le conflit prétendu entre les deux qualités de propriétaire et d'administrateur reposant sur la tête de l'héritier bénéficiaire. Ici encore il suffit de s'en remettre aux principes généraux. Nous savons que l'héritier étant libre de renoncer à son bénéfice, sa renonciation peut se présumer de tout acte accompli au mépris des droits des créanciers et légataires; reste à savoir quels seront les actes qui auront ce caractère. Or le principe fondamental se trouve écrit dans l'article 802-2° qui établit l'effet direct, principal du bénéfice d'inventaire, la séparation fictive des deux patrimoines admise en faveur de l'héritier; la masse héréditaire est devenue distincte de ses biens personnels ; et sur cette masse désormais isolée, à côté de son droit de propriété qui subsiste sans doute, vont porter avec toute leur énergie les droits des créanciers et légataires; elle leur est affectée; elle est destinée à les remplir de ce qui leur est dû et dès lors, à moins de fraude, personne en dehors d'eux ne peut acquérir de droits nouveaux sur les biens qui forment leur gage : aucun bien ne peut être distrait de ce patrimoine qui leur est réservé.

L'héritier se trouve donc dans la même situation que tout propriétaire possédant un bien sur lequel plane à côté du sien un droit appartenant à autrui ;

Digitized by Google

il ne peut plus, sans le consentement des intéressés, disposer de ce bien, il ne peut plus faire à son sujet aucun acte susceptible de compromettre le droit d'autrui. On nous accusera peut-être de modifier la situation des créanciers telle qu'elle existait par rapport à leur débiteur primitif, de transformer leur droit personnel en une sorte de droit réel et d'exagérer ainsi la portée d'une simple fiction. Droit réel, il n'est pas bien sûr en effet que telle ne soit pas la prérogative nouvelle dont puissent se prévaloir les créanciers, si l'on admet que même à défaut d'inscription ils aient acquis irrévocablement le privilège de la séparation des patrimoines ; mais cette question délicate mise à part, qui oserait dire que leur situation ne soit pas modifiée ? N'ont-ils pas le droit d'exiger caution de leur nouveau débiteur, n'ont-ils pas le droit de faire opposition entre ses mains? Comment dire d'une façon plus énergique que le droit vague qui leur appartenait d'une façon indéterminée sur le patrimoine de leur débiteur (1), se trouve désormais fixé sur chacun des biens laissés par lui? Jusque là il n'avait frappé aucun d'eux individuellement parce que le patrimoine lui-même était soumis à toutes les variations que pouvait lui imprimer son propriétaire ; désormais sa forme se trouve définitivement arrêtée, la vitalité s'arrête, et sur cette masse immobilisée, dont les éléments sont devenus invariables, vont peser en même temps, pour s'y fixer aussi, les droits des créanciers ; désormais tout est déterminé, et les droits de chacun, et les biens qui serviront à les satisfaire ; l'héritier n'a pas le droit, à moins qu'il ne veuille offrir la garantie de son propre patrimoine, de rien changer à cette situation.

301. — Telle est la règle, tel est le principe ; principe de justice et de bon sens avant tout, auquel un texte formel pourrait seul en notre matière apporter dérogation. Or il est un texte qui règle cette situation, et loin de déroger au principe il le confirme. L'article 803 le dit sans détour : L'héritier bénéficiaire devient un administrateur comptable des biens de la succession. Cette administration la loi aurait pu la confier aux créanciers ; nous avons dit pourquoi elle ne l'avait pas fait ; c'est que le principal et le premier de tous les intéressés, est encore l'héritier propriétaire. Parmi tous les ayants-droit, la loi choisit celui dont le titre prime tous les autres et elle lui confie les intérêts communs ; dès lors elle ne le considère plus que comme le représentant des autres ; et ce patrimoine qui est le sien n'est plus envisagé qu'au point de vue des droits divers auxquels il est affecté. Aussi l'article 803 ne dit pas, comme semble le prétendre le système que nous combattons, que l'héritier garde, continue l'administration du défunt, mais bien qu'il est chargé de l'administration des biens héréditaires. Ce qui indique en termes

1. Art. 2092.

Digitized by Google

formels un mandat légal accepté dans l'intérêt d'autrui ; or tout mandat légal, toute gestion commune ne confère à celui qui en est investi qu'un pouvoir restreint et l'oblige pour les actes de disposition souveraine à obtenir le consentement de tous les intéressés, ou tout au moins de l'autorité qui les représente ; les pouvoirs qui lui sont attribués en pareil cas ont une mesure parfaitement définie, ils se réduisent à l'administration, au sens juridique du mot ; or l'article 803 ne dit pas autre chose ; il confirme même cette interprétation en ajoutant, ce qui est le propre de tout mandataire dont les pouvoirs sont limitativement déterminés, que cet administrateur devra rendre compte aux divers intéressés. Comment prétendre après cela que la loi n'a pu, qu'elle n'a entendu procéder que par dispositions spéciales et qu'aucune formule générale ne donne le droit de limiter les pouvoirs de l'héritier propriétaire au-delà des restrictions formelles inscrites dans les textes ? C'est une erreur, car rien n'est plus général que ces deux textes ; l'un, l'article 802-2° qui sépare le patrimoine du défunt de celui de l'héritier pour l'affecter privativement aux créanciers et légataires ; l'autre, l'article 803 qui, sans prendre en considération sa qualité de propriétaire et les droits préexsistants qui en résultent, investit en quelque sorte à nouveau l'héritier bénéficiaire du droit d'administrer, au nom de tous les intéressés, la masse héréditaire.

302. — D'ailleurs le système opposé est obligé lui-même de créer une formule en dehors des deux actes dont la loi s'est occupée ; par une anomalie bizarre, la loi n'aurait restreint les pouvoirs de l'héritier que relativement à l'acte indispensable à la réalisation et au paiement des dettes, l'aliénation. Ce propriétaire qualifié d'administrateur, détenteur du gage exclusif des créanciers, restait donc libre d'accomplir seul tout autre acte de gestion, si compromettant fût-il. Une succession s'était-elle ouverte au profit du défunt sans que celui-ci eût pris parti, l'actif fût-il démontré de beaucoup supérieur, il pouvait encore y renoncer à son gré et soustraire au gage des créanciers une fortune considérable ; était-il engagé dans un procès relatif aux biens héréditaires, il pouvait, par une transaction apparente, sacrifier une partie des droits du défunt ; ces conséquences étaient admissibles ; on a dû reconnaître une certaine catégorie d'actes prétendus incompatibles avec sa qualité ; de ce nombre seraient la transaction et le compromis.

D'où leur venait cependant cette supériorité qui leur valait d'être soustraits à l'arbitraire de l'héritier ? Ce serait assez difficile à définir. Celui-ci, dit-on, ne peut faire un acte qui soit une atteinte directe au droit des créanciers, un acte qui leur nuise directement, qui suppose la qualité de propriétaire sans restriction ; or, toutes ces formules sont applicables à tous les actes de disposition en général et non pas à la transaction en particulier : qui peut nier que celle-ci ne soit souvent fort utile puisqu'au prix d'un léger

Digitized by Google

sacrifice elle peut éviter parfois une perte considérable? Et d'un autre côté peut-on soutenir qu'aliéner sans raison, à temps inopportun et sans formalité susceptible d'assurer conservation du prix, un stock important de titres et valeurs ne soit une atteinte directe au droit des créanciers dont il formait peut-être le gage principal? Qu'importe le prix acquis au change? Cela pourrait être une considération s'il existait un contrôle pour en surveiller l'emploi, si l'héritier bénéficiaire n'était, comme on pourrait nous reprocher peut-être de l'avoir prétendu, qu'un administrateur chargé de la liquidation de la succession; en pareil cas il aurait pu être obligé de subir dans l'exécution de son mandat l'ingérence des créanciers. Mais cette idée, nous l'avons également repoussée; et c'est parce que nous voyons en lui un propriétaire exerçant ses droits comme propriétaire seulement, que nous voulons lui rendre les charges en même temps que les bénéfices de cette qualité qu'il a revendiquée dans toute sa plénitude. Rien ne nous semble donc plus contradictoire, dans le système opposé au nôtre, que cette prétention de limiter à certains actes de disposition, d'un caractère que l'on prétend plus excessif, la prohibition imposée à l'héritier bénéficiaire, La vérité est qu'une fois admise une formule restrictive, en dehors des deux actes dont parle la loi, elle doit, à moins d'être arbitraire, comprendre tous les actes de disposition, tels qu'ils se trouvent écartés d'ailleurs par le principe posé dans l'article 803. Nous admettrons seulement que parmi ces derniers nous ne devons pas comprendre toute cette classe flottante des actes mixtes et incertains, susceptibles d'être rangés suivant les cas dans l'une ou l'autre des deux catégories de l'article 1988. Mais comme, suivant nous, l'aliénation des valeurs mobilières n'a jamais eu ce caractère, elle reste incontestablement un acte de disposition que l'héritier bénéficiaire, à moins de texte qui le lui permette, ne peut accomplir sans autorisation.

303. — Telle est la solution à laquelle les principes nous conduisent; et dès lors il n'y a plus à admettre de conflit entre les deux qualités, en quelque sorte contradictoires, qui appartiennent à l'héritier, ni de prédominance forcée de l'une sur l'autre. Elles correspondent à deux points de vue fort distincts et qu'il est facile de ne pas confondre. Propriétaire, certes il l'est pour tous et à l'égard de tous; mais il s'est soumis volontairement à cette alternative: ou bien de restreindre l'exercice de ses droits aux pouvoirs du simple administrateur et de conserver ainsi son bénéfice, ou bien, s'il le préfère, de reprendre les larges prérogatives de sa qualité de propriétaire et de se déclarer ainsi héritier pur et simple. Agit-il en administrateur? il reconnaît les droits des créanciers et ceux-ci sont écartés de tout droit sur son patrimoine personnel; fait-il au contraire un acte de propriétaire au sens de l'article 1988? il renonce alors à respecter le gage exclusif des créanciers et leur abandonne les deux

Digitized by Google

masses confondues en une seule : suivant l'expression de l'article 778, il fait un acte qui suppose nécessairement la qualité d'héritier pur et simple. C'est précisément parce qu'il reste propriétaire et libre que la loi doit scrupuleusement, fût-ce même à l'encontre de ses propres intérêts, attribuer leurs conséquences nécessaires aux moindres manifestations de sa volonté. S'il n'était qu'administrateur, si c'était là sa qualité dominante devant laquelle l'autre dût disparaître, la loi aurait pu, elle aurait dû sans scrupule donner comme sanction aux actes qui lui sont défendus, l'action en nullité, car il aurait agi faute de droit suffisant : c'était la théorie de l'ancien droit, ce n'est pas la nôtre. La loi moderne a vu le propriétaire libre de rejeter le privilège exceptionnel, embarrassant parfois, qu'il avait pu prendre par excès de vigilance, elle a considéré l'héritier toujours maître de se dégager du mandat scrupuleux qu'il a accepté dans l'intérêt d'autrui et de revenir sur l'abdication momentanée de ses droits ; dès lors elle n'avait plus qu'à rechercher et à reconnaître cette intention expresse ou tacite; et pour cela un seul criterium lui était offert, c'est celui que donne l'art. 803 : quel est le caractère dominant de l'acte accompli ? Dénote-t-il l'administrateur ? Révèle-t-il au contraire le propriétaire? Rien de plus simple, de plus net, de plus satisfaisant au point de vue des principes et de la pratique. Ce qui est faux et subtil, c'est de dire : Tel acte est par sa nature et en lui-même un acte de propriété souveraine, où se manifeste l'intention d'agir en dehors de toute entrave, mais dans le cas particulier, comme la loi est muette à son égard, c'est un acte d'administrateur ; c'est un acte légitime et permis. Intention évidente d'agir en propriétaire, transformée en exécution fidèle d'un mandat restreint, accepté et conféré (1) dans l'intérêt d'autrui, n'est-ce pas là la confusion juridique dans sa plus haute expression ?

304. — Aussi la présomption finale par laquelle nous résumions l'exposé du système adverse ne peut plus résulter pour nous des mêmes prémisses ; nous ne pouvons plus dire : l'héritier propriétaire a-t-il été exceptionnellement privé d'un droit de disposition qui lui appartient ? Mais bien : le propriétaire soumis à l'obligation de respecter les droits des créanciers, a-t-il pu sans leur consentement, agir seul en maître souverain? La réponse doit être différente, on le comprend. Aussi pour nous, la conséquence qui résulte des principes que nous venons de rappeler est celle-ci : L'héritier bénéficiaire ne peut pas, à moins de texte formel qui lui en donne le pouvoir, aliéner seul les valeurs mobilières de la succession ; car un tel acte est un acte de propriété qui implique son intention d'agir comme héritier pur et simple. Ainsi, tandis que le système adverse doit rechercher dans les textes, s'il

1. Se rappeler les expressions de l'art. 803 : *Il est chargé*, etc.

Digitized by Google

en est un qui exceptionnellement soumette cette aliénation à quelque formalité, nous avons au contraire à nous demander s'il en est un qui la dispense formellement des formalités d'ordinaire imposées à l'héritier bénéficiaire pour qu'il puisse aliéner sans perdre son bénéfice.

305. — Cet examen sera d'ailleurs assez court; il suffira de prendre parti sur un système de rédaction qui nous est familier et sur lequel nous n'avons plus guère à nous étendre. L'article 805 le seul du Code civil qui parle des meubles en cette matière, les soumet aux enchères et aux formalités de la vente judiciaire: comprend-il les meubles corporels? A tous les arguments apportés de part et d'autre en pareille circonstance et renouvelés surtout de la discussion à laquelle donnait lieu l'article 452 du Code civil, on a pu, dans une opinion, qui est la nôtre, ajouter un élément nouveau tiré de la rédaction de l'article 989 Cod. pr. civ. Cet article, explicatif de l'article 805 Cod. civ., traite spécialement des formes particulières auxquelles sera assujettie la vente des rentes sur particuliers. On en a conclu que ces dernières ayant exigé cette mention spéciale ne pouvaient se trouver comprises dans l'expression générique de meubles ou mobilier qu'emploient les deux articles visés et que par suite ce terme devait être restreint aux meubles corporels. A vrai dire, cette argumentation est peu concluante ; car l'article 805 peut être hors de propos dans le Code civil et l'article 989 fort bien à sa place dans le Code de procédure statuent sur une simple question de forme. Or ce dernier a pu fort bien renvoyer d'une façon plus précise aux formes applicables à la vente des rentes sur particuliers, puisque le Code de procédure lui avait consacré un chapitre spécial, sans qu'on pût en déduire que le mot meubles, de l'article 805 ne s'étendît point aux autres droits incorporels, puisque la vente de ceux-ci n'avait été soumise nulle part à aucune procédure particulière. Mais sans aucun doute, à notre avis, puisqu'il s'agit là uniquement d'une question de forme, nous ne pouvons appliquer ces deux textes qu'aux meubles susceptibles des formes qu'ils indiquent. Or, nous savons que même à l'époque du Code civil, la loi trouvait pour la vente des actions mobilières une garantie suffisante dans la publicité des marchés en bourse (1) et le concours de l'agent de change, et n'entendait pas la soumettre nécessairement à la formalité des enchères. Si la question en général pouvait faire quelque doute elle se trouverait pour le cas particulier qui nous occupe complètement tranchée par la phrase finale de l'article 805 qui, supposant que l'héritier a conservé en nature quelques-uns des meubles dont il réglait la vente, indique

1. La Bourse de Paris supprimée en 1793 avait été rétablie par décret du 7 floréal an III et réorganisée par un autre décret du 28 vendémiaire an IV. — Une loi du 28 ventôse an IX avait statué sur l'établissement des Bourses de commerce dans toutes les villes où le gouvernement jugerait convenable d'en établir.

Digitized by Google

quelle serait la responsabilité de celui-ci au cas de dépréciation ou de détérioration causée par sa négligence, toutes expressions qui ne peuvent s'entendre que d'objets corporels ; et si la première peut au besoin être employée au sujet de valeurs appartenant à une société tombée en discrédit, on ne peut dire en pareil cas que la dépréciation soit causée par les détenteurs des titres de la société. Ces termes doivent donc indiquer seulement des objets sur le prix ou l'état desquels la négligence personnelle de l'héritier a pu avoir une influence directe, c'est-à-dire des meubles corporels. Aussi étant généralement admis que l'article 805 ne comprend pas les meubles incorporels, les deux systèmes que nous avons vus en présence, tirent chacun de ce silence une conclusion opposée ; le premier, n'y trouvant pas le texte formel qui doive restreindre les pouvoirs de l'héritier propriétaire, laisse à la discrétion de ce dernier la vente des meubles incorporels et entre autres des valeurs mobilières; le second, y cherchant en vain une disposition qui permette librement cette vente à l'héritier administrateur, lui interdit d'y procéder sans le consentement des créanciers ou de justice.

306. — Malheureusement pour le premier système, il se trouve que sa conclusion est complètement en desaccord avec un texte nouveau, que nous avons jusqu'alors négligé comme élément de discussion parce qu'il est postérieur au Code civil et que toute une opinion le regarde même comme ayant faussé les saines doctrines et interverti les principes. Ce texte est l'avis du Conseil d'état du 11 janvier 1808 (1).

On se rappelle la longue discussion qui s'était élevée à propos du tuteur sur l'article 452, les incertitudes de la pratique et la nécessité où le législateur s'était trouvé d'y mettre un terme pour les valeurs les plus importantes et les plus précieuses de l'époque. Ce fut l'objet de la loi de 1806. Or ces mêmes incertitudes continuèrent à régner au sujet de l'aliénation des rentes par l'héritier bénéficiaire. La plupart des héritiers, désireux de ne pas compromettre leur privilège, s'adressaient aux tribunaux même pour la vente des rentes les plus modiques ; cette pratique devenait ruineuse pour les petits capitaux. Le conseil d'État consulté à ce sujet répondit par la même distinction que la loi de 1806, dispensant l'héritier de toute autorisation pour la vente des rentes inférieures à 50 fr. Mais en même temps pour bien montrer la portée et le sens de l'exception qu'il apportait à la pratique, et même d'après lui, au droit antérieur, il rappelle que le principe pour l'héritier bénéficiaire, comme pour tous les *autres administrateurs comptables*, est la nécessité de l'autorisation préalable. C'est le mot et la phrase qui ont soulevé tant de tempêtes ; force a été d'accepter l'un et l'autre, puisque cet avis

1. Devillen. *Lois* I vol. p. 764.

Digitized by Google

à pareille époque avait force de loi ; même a-t-on dû par analogie étendre à l'héritier bénéficiaire le décret de 1813 qui, pour les actions de la Banque de France, avait adopté le système de la loi de 1806 ; mais tout en se résignant à ces concessions partielles, on ne pouvait assez protester contre la fausse qualification appliquée à l'héritier bénéficiaire par l'avis du conseil d'État et la conséquence que celui-ci en avait tirée. Aussi prétendait-on que ce titre d'administrateur, c'est l'avis du conseil d'État qui l'avait créé, et exagéré à ce point et qu'il n'appartenait pas au Code civil, du moins quant à l'extension qui lui était donnée ; que par conséquent il fallait en restreindre les effets au cas spécialement prévu par ce texte. On continuait donc à permettre la vente libre de toute autre action mobilière industrielle ; l'importance des fonds de commerce avait fait toutefois hésiter la chambre du conseil, qui ne s'était pas cru en droit de refuser son autorisation ; mais on lui démontra qu'elle était fort inconséquente avec elle-même, et elle dut se résoudre à assimiler les fonds de commerce à tous les autres droits incorporels laissés sans protection (1). On croyait en cela suivre les vrais principes en matière de tutelle, et l'on se fût reproché d'être plus rigoureux envers l'héritier propriétaire qu'on ne l'était à l'égard du tuteur simple administrateur du bien d'autrui. Nous savons déjà combien ces scrupules étaient mal avisés ; nous avons montré qu'en cette matière la supériorité relative accordée à la fortune immobilière ne devait plus avoir cours ; que les dangers résultant de la facilité de transmission et de mobilisation du bien aliéné devaient seuls régler les mesures de prudence du législateur et que par suite les aliénations de meubles devaient lui être plus suspectes encore que les ventes immobilières.

307. — Aussi l'un des partisans les plus déclarés de la prétendue prédominance chez l'héritier bénéficiaire de la qualité de propriétaire, avait-il compris ce danger et cherché à l'atténuer en se rattachant d'une façon lointaine, et après avoir passé par plusieurs textes intermédiaires qui semblaient lui servir d'échelon, du reste assez mal échafaudés, à l'ordonnance du président exigée par l'article 946 Cod. pr. civ. pour la vente des meubles aliénés au cours d'un partage (art. 826 Cod. civ.). Ses prémisses, que nous n'avons pas admises, concluaient à l'application aux meubles incorporels de l'article 805 ; puis passant de là à l'article 989 Cod. pr. civ. et de ce dernier au tit. V. du liv. 2 cod. proc., il appliquait à la vente faite par l'héritier bénéficiaire toute une série de formalités créées en vue de circonstances complètement différentes et sur lesquelles le Code civil, aussi bien que l'article 77 § 12 du tarif du 10 février 1807 étaient absolument muets (2). On

1. Bertin *loc. cit.* t. 2. V° hérit. bénéf. n° 1222 et suiv.
2. Coin Delisle, Rev. de législ., *loc. cit.*

Digitized by Google

n'eut pas de peine à démontrer que le Code civil n'avait pu songer à cet assemblage de difficultés, qu'il n'avait certainement pas voulu imposer aux interprètes une suite de raisonnement aussi énigmatique pour arriver à cette trouvaille. Tout ce que nous voulons retenir de cet essai qui n'a converti personne, c'est l'aveu précieux échappé à M. Coin Delisle, au sujet de la vente des actions et autres valeurs. « Cette vente en effet, dit-il, a et doit avoir le caractère judiciaire... Et si comme il a été démontré l'article 989 Pr. civ. se réfère aux meubles incorporels, l'autorisation du président est d'autant plus nécessaire qu'il eût été imprévoyant de ne pas soumettre à un magistrat l'intention de vendre des valeurs importantes, peut-être dans un temps où il n'y aurait ni nécessité, ni opportunité (1), »

308. — Cette imprévoyance n'est pas imputable au législateur, mais aux jurisconsultes qui comme M. Coin Delisle s'obstinèrent à interpréter à la lettre et contrairement à tous les principes l'article 805 du Code civil. Aussi quant à nous, nous n'avons pas besoin d'insister longuement pour montrer que l'avis du Conseil d'État de 1808 ne faisait qu'appliquer les principes que nous avons établis. Il commence en effet par déclarer l'héritier administrateur et déclare que comme tel il ne peut aliéner les droits de la succession au préjudice des créanciers ; il applique cette règle aux Rentes sur l'État, et prévoyant les inconvénients d'une généralité d'application trop absolue, il ajoute : tout ce qu'on peut faire, c'est de dispenser d'autorisation, suivant l'exemple de la loi de 1806, les inscriptions inférieures à 50 fr. Telle est donc, d'après ses termes, et comme nous l'avons déjà démontré pour la loi de 1806, la seule innovation qu'il apporte ; et il n'est pas douteux qu'il n'ait regardé l'autorisation comme étant indispensable pour la vente de toute autre action industrielle ; car au point de vue de l'administrateur entre ces valeurs et les rentes il n'est aucune différence de nature ; et qui est déclaré incapable de disposer des unes ne peut, sans arbitraire, avoir la libre aliénation des autres.

309. — Le principe de l'autorisation admis, reste à voir qui a qualité pour l'accorder. M. Laurent (2), dont nous avons suivi la doctrine, se montre fort hostile à l'admission de l'autorisation judiciaire ; et en cela il est d'accord avec ses principes constants. Que l'héritier, dit-il, s'il ne peut obtenir le consentement de tous les intéressés, agisse à ses risques et périls. La justice n'a pas à intervenir là où la loi ne lui en donne pas le pouvoir formel ; elle ne peut à moins de texte exprès sanctionner une sorte d'empiètement commis à l'égard du droit d'autrui. Nous ne pouvons être de son avis ;

1. Coin Delisle. *loc. cit.*
2. T. IX, n° 412.

Digitized by Google

car nous avons constamment admis sur ce point un principe opposé au sien. Nous croyons que, d'après l'esprit général de nos lois, dans tous les cas de mandat légal, la loi, en même temps qu'elle pose des limites aux pouvoirs de l'administrateur, n'a pas entendu lui rendre impossible les actes qui les dépassent et dont la nécessité peut se présenter ; nous croyons qu'elle a confié à la justice le soin de garantir les droits des intéressés eux-mêmes. Dans ce cas sans doute, on prétend que l'héritier avait une ressource extrême, celle de consulter les créanciers et légataires. Cependant outre que tous les créanciers peuvent n'être pas connus, il paraît bien rigoureux et tout aussi préjudiciable aux intérêts de la majorité qu'à ceux du bénéficiaire, que l'administration de celui-ci pût être entravée par l'opposition ou le mauvais vouloir d'un seul. Si la loi avait admis un tel système, elle n'aurait pas manqué de remettre la décision à l'assemblée des créanciers et par suite à la majorité. Cela ne pouvait être, car l'héritier n'a pas à se soumettre aux injonctions des créanciers et ceux-ci ne sont pas organisés en corps collectif, comme cela a lieu en matière de faillite ; dès lors il n'est plus qu'une seule ressource, le recours à la justice. Ce système qui résulte des principes généraux et du bon sens est confirmé par les textes. Le Code en effet s'est contenté, nous l'avons démontré, de poser le principe général que l'héritier bénéficiaire était restreint aux pouvoirs d'administration. La conséquence qui devait en résulter lui semblait si naturelle qu'il ne l'a même pas formulée, et qu'ayant à s'occuper, au point de vue des formes seulement, de l'acte de disposition par excellence, la vente des immeubles, il ne rappelle même pas à son sujet la nécessité de l'autorisation préalable. Sous l'empire des seuls textes du Code civil, il eût donc fallu conclure, suivant M. Laurent, que le tribunal n'avait pas à autoriser les ventes immobilières (art. 809). Or, le Code de procédure est venu démontrer combien cette interprétation eût été fausse ; puisque, avant de s'occuper des formes de la vente, l'article 987, rappelant les principes de la matière, indique en premier lieu la nécessité de l'autorisation judiciaire. Elle n'est plus imposée, il est vrai, au cas de l'article 989 ; c'est qu'en effet cet article ayant trait avant tout à la vente du mobilier corporel, il ne pouvait imposer la même formalité pour un acte qui ne doit plus être rangé en pareil cas parmi ceux de disposition. Ainsi donc pour le législateur le recours en justice est le corollaire si naturel de toute restriction de pouvoirs, qu'il croit inutile de le rappeler à nouveau. C'est ainsi que le même procédé se retrouve dans l'avis de 1808. Il applique purement et simplement la loi de 1806, sans dire qui sera chargé d'autoriser les aliénations soumises au cas de tutelle à la décision du conseil de famille. Les adversaires de l'autorisation judiciaire ont cependant été forcés de l'admettre pour combler les sous-entendus du texte ; il est vrai qu'on a cru encore pouvoir dis-

Digitized by Google

cuter sur l'autorité chargée de l'accorder : serait-ce le président par ordonnance, serait-ce la Chambre du Conseil (1) ? La première solution ne peut se soutenir et il fallut se rendre à l'évidence ; il n'y en avait pas moins une lacune qu'il a fallu combler sans texte suffisamment exprès et complet : en apparence elle serait inintelligible, si elle ne signifiait que le conseil d'État pensait s'en référer au principe de droit commun, d'ailleurs généralement passé dans la pratique, le recours devant les tribunaux.

310. — Cependant la jurisprudence de la Chambre du Conseil s'est toujours montrée fort scrupuleuse en cette matière, et presque chaque fois qu'elle a consenti à autoriser des actes de disposition, et en particulier des transactions proposées par l'héritier bénéficiaire, elle n'a pas manqué d'insister sur le caractère d'exception et presque de faveur qui marquait son intervention, d'invoquer les circonstances de fait, paraissant ainsi vouloir faire excuser, en vue de l'utilité urgente, la dérogation apparente qu'elle apportait aux principes. Elle n'a guère eu d'ailleurs à témoigner cette indécision, en même temps que cette condescendance, qu'à propos des transactions, puisque la jurisprudence tendait de plus en plus à considérer les aliénations de valeurs mobilières, en dehors des rentes et actions de la banque, comme étant laissées à la libre discrétion de l'héritier.

311. — Tel était donc l'état de la question et celui de la jurisprudence lorsqu'intervint la loi de 1880 sur la tutelle. Elle abroge, on le sait, la loi de 1806 dont l'avis de 1808 n'était que l'interprétation ; ce dernier disparaissait-il avec elle ? S'il est abrogé dans son application particulière, ne faut-il pas au moins en retenir le principe qu'il émet ; ou bien n'ayant plus à tenir de lui aucun compte, faut-il purement et simplement revenir à l'application des deux grands systèmes généraux que nous avons exposés ? Si l'on adopte ce dernier parti sur l'avis de 1808, on devra rejeter ou exiger l'autorisation pour toutes les valeurs, quelle que soit leur nature et leur quotité, suivant que l'on considérera l'héritier principalement comme propriétaire ou comme administrateur.

312. — On voit par cet exposé à quelle multitude de questions complexes donnait lieu l'abrogation de la loi de 1806 et du décret de 1813 prononcée par la loi du 27 février 1880. On attendait impatiemment que la Cour suprême eût parlé ; l'occasion se présenta moins d'un an après la promulgation de la loi nouvelle. Un tuteur qui se trouvait conjointement avec son pupille héritier bénéficiaire de la même succession, voulut vendre une inscription de rente de moins de 50 fr., et s'adressa à la chambre du conseil. Celle-ci, tenant pour existant encore l'avis du conseil d'État de 1808, se référa à la distinction ancienne de la loi de 1806 et refusa d'intervenir.

1. Bertin, *loc. cit.*, t. 2.

Digitized by Google

Elle ne fit d'ailleurs aucune allusion à la circonstance qu'un mineur était engagé dans la cause ; on a semblé lui en faire un reproche. La vérité est cependant qu'elle n'avait pas à prendre ce fait en considération puisque le pupille, en tant que mineur, n'avait pas, étant donné la quotité du titre de rente, à demander l'autorisation de justice (1). La chambre du conseil ne devait donc le considérer que comme héritier bénéficiaire, et à ce titre elle lui fit l'application pure et simple de l'avis de 1808. Cette décision appela de nouveau l'attention sur les difficultés nombreuses que présentait la question ; les compagnies désiraient une solution définitive qui fixât leurs obligations. le trésor ne la souhaitait pas moins, le ministre voulut la provoquer ; et M. le procureur général, agissant sous l'inspiration de son chef hiérarchique, éleva le pourvoi contre la décision de la chambre du conseil et saisit de l'affaire la chambre civile de la Cour de cassation par un réquisitoire en date du 21 mars 1881 (2).

313. — Une première question se présentait : l'avis du conseil d'État de 1808 existe-t-il encore dans toute sa teneur ? Faut-il, en se basant sur son texte, imposer à l'héritier bénéficiaire l'autorisation de justice pour la vente des titres de rente supérieurs à 50 fr., l'en exempter pour les autres? C'était la solution de la chambre du conseil ; il paraît même que cette interprétation n'a pas encore perdu tout partisan. Il semble cependant bien indiscutable que ce texte, au moins en tant qu'il faisait application spéciale de la loi de 1806, a été abrogé avec elle. Il ne donne pas en effet la distinction qu'il impose comme une décision indépendante qui doive subsister en dehors de toute autre considération ; il ne fait au contraire que reconnaître que cette distinction, introduite par la loi de 1806, s'applique aux administrateurs comptables en général ; il ne se l'approprie pas, mais il constate une simple application d'une loi spéciale ; cette loi n'existe plus, donc les applications diverses qui en avaient été faites tombent avec elle.

314. — Ce premier point tranché, on se trouvait en présence du véritable nœud de la question ; l'avis de 1808 est-il abrogé dans son entier, ou seulement dans l'application qu'il a faite de la distinction de la loi de 1806 ; en un mot doit-il au moins subsister dans son principe, et ce principe quel est-il? Le procureur général et la Cour de cassation pensèrent également qu'il y avait lieu de faire cette distinction à propos de l'avis du conseil d'État ; et qu'indépendamment de l'interprétation par lui donnée de la loi de 1806, il restait un principe général, indépendant, très nettement posé relativement aux pouvoirs de l'héritier bénéficiaire, et que ce principe conser-

1. Art. 1 et 2 de la loi de 1880.

2. V. Cass. 4 avril 1881. D. 81, 1, 241 et la note. Sir. 81, 1, 206. J. Pal. 81, 1, 504. Cf. *Rev. crit.* 1882, p. 117 (Art. de M. Marcel Planiol), et *Rev. crit.* 1883 p. 79 à la note.

Digitized by Google

vait la valeur légale que ce document lui avait imprimée. Ce principe quel était-il? Nous verrons le procureur et la Cour en désaccord sur ce point et cependant arriver dans l'espèce spéciale qui leur était soumise à la même conséquence.

315. — M. le procureur général Bertauld, désireux sans doute d'appliquer à l'héritier bénéficiaire, des restrictions analogues à celle que venait de créer la loi de 1880, avait cru pouvoir y parvenir au moyen d'une doctrine quelque peu hardie. Ne pouvant maintenir de l'avis du conseil d'État, l'application d'une loi désormais abolie, il prétendait laisser subsister, à titre même de loi existante, le principe formulé par ce texte à l'appui de sa décision. Ce principe était l'assimilation de l'héritier aux autres administrateurs comptables en général et en particulier au tuteur. Cet avis considère comme s'appliquant de plein droit à l'héritier la loi de 1806 faite spécialement pour le tuteur; c'est qu'il entend maintenir, sur ce point du moins, entre les deux administrateurs une identité complète; les pouvoirs de l'un relativement à l'aliénation des rentes devront toujours se régler sur les pouvoirs de l'autre : voilà la disposition légale que pose en principe l'avis du conseil d'État et dont la teneur nous oblige actuellement encore : or la loi de 1806 a disparu, qu'importe? Elle a été remplacée par une loi nouvelle, faisons-en l'application à l'héritier, autant que sa situation le comporte. Or la première laissait libre l'aliénation des rentes au-dessous de 50 fr.. celle de 1880 impose une autorisation pour toutes les valeurs si modiques soient elles; l'héritier bénéficiaire devra donc également se soumettre aux formalités qui lui sont spéciales pour l'aliénation d'un titre quelconque. Pour lui, ces formalités ne consistent plus dans l'autorisation d'un conseil de famille, mais bien dans celle de la Chambre de conseil; cette dernière, d'après l'interprétation même de l'avis de 1808, équivaut pour l'héritier au contrôle de la famille pour le tuteur. Ainsi, d'après M. le procureur général, les pouvoirs de l'héritier devraient également refléter les diverses phases législatives par lesquelles pourraient passer même dans l'avenir les pouvoirs du tuteur; le parallèlisme établi par la loi de 1806 devrait toujours se maintenir.

316. — La cour suprême n'a pas osé suivre, au moins dans le motifs de l'arrêt, la doctrine du pourvoi, et prendre la responsabilité des conséquences extrêmes où elle aurait pu conduire. La cour partant également de la distinction faite, à propos de l'avis du conseil d'État, entre le principe qui subsiste et la restriction qui lui était apportée et qui se trouve abolie, a cru devoir cependant restreindre le principe invoqué et ne pas y chercher les bases d'une assimilation absolue pour le présent et l'avenir entre les pouvoirs du tuteur et ceux de l'héritier. Ce principe se trouve pour elle dans

Digitized by Google

l'interprétation légale formellement faite par l'avis du conseil d'État de l'article 805 du Code civil. L'avis déclare qu'en vertu de cet article l'héritier n'est qu'un administrateur et comme tel qu'il ne peut aliéner les rentes. A cette disposition très nette, indépendante de tout autre document législatif, il apporte en faveur des petits capitaux, une restriction basée sur l'application de la loi de 1806; cette dernière a pu disparaître et avec elle la dérogation qu'elle avait apportée; le principe reprend alors sa généralité et subsiste désormais dans toute sa teneur, indépendant dans ses termes, absolu dans son esprit. Cette doctrine très nette, très franche, que nous n'avons cessé de proclamer comment étant celle du Code civil, a bien cependant le droit de nous étonner quelque peu lorsqu'elle émane de la jurisprudence: est-ce bien elle vraiment qui admet aujourd'hui que la loi de 1806 n'était elle-même que l'application du principe général que le tuteur administrateur du bien d'autrui ne pouvait aliéner les rentes, et qu'elle n'eût d'autre objet que d'apporter à cette règle de droit commun une restriction en faveur des petits capitaux? Est-ce bien elle qui proclame la même vérité relativement à l'héritier bénéficiaire? Est-ce bien elle qui ne voit plus en lui qu'un administrateur du bien d'autrui, d'après la définition légale imposée par l'avis de 1808? Et cependant si cette définition avec les conséquences qu'elle comporte dérive de l'avis du conseil d'État, pourquoi la jurisprudence a-t-elle constamment refusé de la reconnaître au sujet des simples actions industrielles? Le titre d'administrateur comptable n'existe-t-il que pour les rentes et donne-t-il le droit de vendre toute autre valeur? Cela pourrait être si on se basait sur la loi de 1806 qui ne parle que des premières; mais l'avis du conseil d'État en est, dit-on, fort indépendant, et ce titre d'administrateur il le trouve dans le Code civil et l'article 805; l'héritier, d'après lui, est donc réduit aux actes d'administration. Mais pourquoi la jurisprudence ne s'est-elle pas crue obligée de se reporter plus tôt à la distinction générale et fondamentale de l'article 1988? Elle y aurait vu sans doute que l'acte de propriété se révèle aussi bien dans la vente d'une obligation de chemin de fer que dans l'aliénation d'un titre de rente.

Si l'avis ne parle pas de ces dernières, c'est qu'il est une décision d'espèce, comme les rescrits des empereurs romains, et n'interprète la loi que pour le cas qui lui est soumis. Or c'est précisément cette restriction apparente du principe de l'avis de 1808 reproduite par le premier considérant de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, qui nous laisse quelque anxiété au sujet de la décision qui vient d'être rendue et quelque scrupule sur la base qui a été adoptée. On reconnaît, d'après l'avis de 1808, que le titre d'administrateur interdit la libre aliénation des rentes; mais que pense-t-on de

Digitized by Google

celle des autres valeurs ? Et pourquoi avoir spécifié ces titres d'une façon particulière ? La decision de la Cour de cassation ne serait-elle plus la même s'il s'agissait d'action industrielle et celle-ci reviendrait-elle à la jurisprudence antérieure qui limitait aux rentes et actions de la Banque les conséquences du titre d'administrateur reconnu par l'avis de 1808 ? Aussi aurions-nous désiré lui voir accepter un fondement plus solide, une base encore plus large que l'avis de 1808. Est-il donc bien exact que le principe de l'autorisation résulte de l'avis du Conseil d'État ? Est-ce donc lui qui l'a introduit dans nos lois et avons-nous eu besoin de son appui pour en démontrer l'existence ? Nullement ; l'avis de 1808 ne faisait que l'application très simple du système même du Code civil, et il eut suffi à la Cour de se référer à l'article 803 pour fonder sa décision sans passer par d'autre intermédiaire. Elle y eut évité de bien grands inconvénients, le plus grave celui de scinder dans l'abrogation tacite d'un texte la partie que l'on supprime et celle que l'on maintient, ce qui est toujours arbitraire ; sa doctrine y eut gagné d'y être plus franche et plus générale, au lieu de n'avoir l'air d'accepter cette solution que comme une interprétation légale que l'on subit à regret et que l'on entend restreindre rigoureusement ; elle eut évité le reproche qu'on a pu lui faire de s'être appropriée les termes même de l'article 1808 qui a le tort, même à nos yeux, de ne considérer l'héritier que comme administrateur du bien d'autrui et de supposer entre les deux qualités contradictoires qui reposent sur sa tête une sorte de conflit fatal que l'on se plaît à tort à exagérer ; enfin elle n'eut pas eu à donner de la loi de 1806 une interprétation qui se trouve être le contre-pied des décisions rendues par la même Cour, avant la loi de 1880, sur les pouvoirs du tuteur. Cette contradiction qui peut sembler un peu brusque, aujourd'hui que les conséquences n'étant plus à tirer, la déclaration de principe semble acquérir comme un caractère plus particulier d'indépendance, n'eut-il pas mieux valu s'en dispenser (1) ? Quoiqu'il en soit, nous ne pouvons qu'applaudir à la décision au moins partielle qui ressort de l'arrêt du 4 avril 1881 et souhaiter de la voir se généraliser de plus en plus.

317. — L'effet de la vente sans autorisation des valeurs comprises dans la succession bénéficiaire est la déchéance de son bénéfice pour l'héritier qui y aura procédé. Mais cette conséquence sera-t-elle fatale ? Il en est ainsi en fait d'aliénations immobilières. On décide au contraire assez généralement que le tribunal reste libre d'appliquer ou non cette sanction aux ventes d'objets corporels mobiliers faites sans les formes de l'article 805, et que sa

1. Marcel Planiol, article cité. *Rev. crit.*, 1882.

Digitized by Google

décision doit dépendre de l'avantage retiré de la vente. On fonde cette largeur d'interprétation sur la comparaison des deux textes du Code de procédure qui indiquent la sanction en matière de ventes excessives ; s'il s'agit d'immeubles, l'héritier sera réputé pur et simple (art. 988) ; s'il s'agit du mobilier, il pourra être réputé héritier pur et simple ; c'est affaire d'appréciation (art. 989). Cette distinction confirme encore notre système, la vente d'objets corporels mobiliers devant être en principe regardée comme un acte d'administration permis à l'héritier, le simple défaut de formes ne peut suffire à démontrer l'intention de ce dernier de devenir héritier pur et simple ; il n'en sera ainsi que si la gravité de l'acte et de ces conséquences implique forcément cette interprétation de volonté. Le tribunal doit en être juge. Il n'en est plus de même des aliénations de meubles incorporels, car l'acte en lui-même et par sa nature indépendamment de ses conséquences, est un acte de propriétaire libre qui, s'il est accompli sans autorisation, équivaut nécessairement à une renonciation au bénéfice d'inventaire. Cette solution que les principes exigent n'est pas contrariée à l'interprétation que l'on donne de l'article 989 C. pr., puisque, à notre avis, ce texte n'a spécialement visé que le mobilier corporel.

318. — Les diverses questions que nous venons d'examiner peuvent se trouver compliquées par la présence d'un mineur au nombre des héritiers bénéficiaires ; cette circonstance si fréquente, puisque la plupart des mineurs en tutelle sont héritiers et que le mineur héritier ne peut être qu'héritier bénéficiaire, ne pouvait susciter que fort peu de difficultés sous l'empire de la jurisprudence antérieure à la loi de 1880. Les pouvoirs du tuteur et ceux de l'héritier se trouvaient être exactement soumis aux mêmes limites et jouir des mêmes franchises ; là où commença pour le tuteur la restriction, là aussi se présentait pour l'héritier bénéficiaire l'obligation de s'adresser à la justice.

Aujourd'hui, et malgré le parallélisme que prétendait conserver entre les deux situations M. le procureur général Bertault, l'assimilation n'est plus complète. Pour toutes les valeurs inférieures à 1500 fr., la loi de 1880 repousse l'intervention judiciaire, elle craint les longueurs et veut diminuer les frais ; elle s'en remet au simple contrôle de la famille ; or, si ces valeurs dépendent d'une succession, et il en sera presque toujours ainsi, le tuteur devra, dans l'intérêt des créanciers héréditaires, et dans celui de sa propre responsabilité, s'adresser à la chambre du conseil. Assurément les auteurs de la loi de 1880 n'ont pas prévu ce résultat ; ils ont proclamé hautement qu'ils voulaient affranchir les petits capitaux d'entraves coûteuses et souvent inutiles, et ils ont cru l'avoir fait. En abrogeant d'une façon absolue la loi de 1806 ils se trouvent avoir inconsciemment démenti toutes leurs

Digitized by Google

assertions et singulièrement restreint la portée de la distinction admise. La vérité est qu'en fait la double autorisation sera toujours exigée. Ce résultat est la conséquence inévitable du système qui impose au mineur l'acceptation bénéficiaire, c'est-à-dire qui le soumet à toutes les formalités, à toutes les entraves qui résultent d'une présomption de défiance au sujet de la succession, comme si toutes les successions qui échoient aux mineurs étaient obérées de dettes. On applique le bénéfice d'inventaire à une situation pour laquelle il n'a pas été créé, comment s'étonner de l'incohérence des résultats ? En fait lorsque la succession sera notoirement bonne, le tuteur s'affranchira facilement d'une autorisation que l'intérêt des créanciers ne semble plus exiger (1) ; mais il est bien certain qu'il ne saurait agir ainsi que sous le couvert de sa propre responsabilité.

319. — Ainsi donc formalités imposées dans l'intérêt du mineur, formalités imposées dans l'intérêt des créanciers et légataires ; ce sont là deux ordres d'idées absolument distincts et qu'il importe de ne pas confondre. Quelle que soit la valeur aliénée, le conseil de famille intervient comme représentant du premier et le tribunal comme représentant des seconds ; ce n'est qu'au dessus de 1500 fr. que la justice se trouve à la fois constituée la protectrice des deux intérêts réunis. Une première conséquence à tirer de cette distinction c'est que, jusqu'à ce chiffre, le tribunal à qui l'on s'adresse, par suite de l'acceptation bénéficiaire, pour obtenir l'autorisation de vendre les valeurs échues au mineur ne peut exiger que le tuteur justifie d'une autorisation préalable du conseil de famille. C'était le cas précis de l'espèce au sujet de laquelle fut rendu l'arrêt du 4 avril 1881 ; la chambre du conseil ne s'était pas préoccupée de la présence du mineur au nombre des héritiers ; et le ministre en déférant sa décision au procureur général sembla lui en faire un reproche, et considérer ce silence comme une aggravation du système qu'elle avait admis (2). C'était assurément un excès de scrupule ; quand le titre est inférieur à 1500 fr., la justice n'est pas constituée gardienne des intérêts du mineur et n'a pas droit d'ingérence dans la gestion du tuteur, elle n'a pas à s'assurer s'il remplit ou non ses obligations. Dans ce cas c'est au nom des créanciers seuls que l'on s'adresse à elle, elle n'a mission de veiller qu'à l'accomplissement des formalités imposées dans leur intérêt. Elle n'a pas le droit de refuser son autorisation sous prétexte que le conseil de famille n'a pas été appelé à donner la sienne ; elle n'a pas à se faire représenter un extrait de la délibération du conseil de

1. Et encore l'administration des transferts le permettra-t-elle toujours, s'il s'agit de titres nominatifs ? V. *infra*, n° 324.

2. Voir la lettre du ministre, *in fine*. D. 81, 1, 241.

Digitized by Google

famille. C'est qu'en effet la conséquence de son autorisation n'est plus d'assurer à tout évènement la validité de la vente effectuée par le tuteur, mais uniquement de dégager la responsabilité de celui-ci à l'égard des créanciers et légataires.

230. — Il n'en est évidemment plus de même lorsque la valeur aliénée dépasse 1500 fr. Le tuteur aurait beau se présenter dans ce cas comme administrateur seulement de la succession bénéficiaire, nous avons admis que cette qualité ne fait pas disparaître la personne de l'héritier propriétaire ; il n'y a plus seulement un administrateur pour le compte des créanciers, il y a un héritier mineur dont on prétend aliéner les titres et valeurs ; ces titres peuvent être en même temps le gage de certains de ses créanciers, l'intérêt de ces derniers ne peut empêcher qu'avant tout celui du mineur ne s'impose à la justice ; or, l'aliénation que l'on prétend réaliser est de celles pour lesquelles la justice a mission d'intervenir pour la protection du mineur, elle devra donc s'assurer que toutes les formalités préalablement exigées ont été remplies, et entre autres celle qui se rapporte à l'autorisation du conseil de famille. La question est certaine. Il est cependant une hypothèse qui peut se présenter assez fréquemment dans la pratique et qui est susceptible de susciter quelques doutes. Nous avons vu les successibles appelés à une même succession, s'entendre entre eux pour demander la nomination d'un administrateur provisoire ; cette situation peut se renouveler encore après l'acceptation ; les héritiers peuvent avoir intérêt à conférer à l'un d'eux l'administration unique de la succession en vue d'en opérer la liquidation ; parmi les héritiers se trouve un mineur, et la nécessité se présente de vendre les valeurs communes. Assurément les difficultés que nous avons soulevées à propos de l'aliénation des titres indivis ne se présentent plus ici ; car le liquidateur ayant mission de vendre seulement en vue du paiement des dettes, le prix sera employé à acquitter des charges communes ou remis provisoirement dans la masse de la succession, et la vente dans aucun de ces cas ne saurait équivaloir à partage.

Mais le liquidateur de la succession, agissant ainsi en vue d'une mission spéciale, le règlement des dettes, sera-t-il encore obligé de rapporter au tribunal la preuve de l'autorisation du conseil de famille du mineur ? Nous supposons, bien entendu, que ce dernier a approuvé la nomination de cet administrateur ; mais il n'a pas désigné spécialement les valeurs dont il permettait la vente en vue de la liquidation ; l'administrateur devra, sans doute, s'adresser à la Chambre du conseil, car la succession est bénéficiaire ; mais lui faudra-t-il provoquer préalablement une délibération spéciale du conseil de famille ? Le principal argument que l'on pourrait faire valoir pour l'en dispenser serait de dire que le conseil de famille en approuvant sa

Digitized by Google

nomination a autorisé d'avance les mesures ordinaires que nécessite toute mission de ce genre ; or, ces mesures indispensables sont avant tout la vente des effets mobiliers ; c'est la pratique courante, les meubles corporels d'abord, puis les titres, tels sont les premiers gages sacrifiés, et affectés au paiement des créanciers. Dès lors, par la volonté même du conseil de famille, il n'y a plus à voir dans l'administrateur nommé à la succession que le représentant d'un héritier bénéficiaire et c'est à ce titre seul qu'il se présente devant le tribunal. Si cette situation s'était présentée avant l'acceptation, nous avons dit que l'administrateur judiciaire n'aurait pas eu à se préoccuper de la présence au nombre des successibles d'un ou de plusieurs mineurs ; l'autorisation de la Chambre du conseil lui eût suffi ; pourquoi veut-on qu'il en soit autrement quand le successible s'est transformé en héritier : ses droits éventuels n'étaient-ils pas aussi précieux que ses droits actuels ; et même en vertu de la rétroactivité de l'acception, il se trouvera que des valeurs lui ayant appartenu dès l'ouverture de la succession auront été valablement aliénées sans l'autorisation du conseil de famille ; pourquoi ne plus continuer à admettre la même dérogation dans les cas au moins où elle se trouvait permise à l'égard de l'administrateur judiciaire ? N'y a-t-il pas à cela un grand intérêt pratique ? Le paiement se fait par fractions quelquefois multiples, souvent même à mesure que les créanciers se présentent ; on ne peut prévoir d'avance toutes les sommes qui seront nécessaires et quand elles le deviendront, on ne peut donc vendre en bloc d'une seule fois toutes les valeurs qu'exigera le paiement des dettes ; faudra-t-il donc chaque fois que cette éventualité se présentera, réunir à nouveau le conseil de famille et accumuler ainsi les frais et les charges qui grèveront le mineur ? A toutes ces considérations notre réponse restera la même ; le rôle d'administrateur d'une succession ne fait jamais disparaître l'héritier propriétaire ; or, il se trouve ici que cet héritier est un mineur, l'administrateur le représente ; or, quoiconque représente un mineur pour la vente des valeurs qui lui appartiennent doit justifier de l'accomplissement des formalités de la loi de 1880. Le conseil de famille a prévu, dit-on, et approuvé d'avance cette éventualité. Or, il est de principe dans nos lois, que les autorisations doivent être spéciales et ne peuvent être données d'avance pour toute une catégorie de faits qui ne sont pas individuellement déterminés ; sinon ce serait de la part des autorités chargées de la protection des incapables une sorte d'abdication partielle que la loi ne peut pas reconnaître. On parle des inconvénients et des frais qu'entraînera l'application stricte de la loi ; mais voit-on où conduirait sa transgression ? Le conseil de famille a donné un blanc-seing pour toutes les mesures nécessaires à la liquidation ; mais comment s'assurer que cette aliénation réalisée par l'admi-

Digitized by Google

nistrateur était vraiment exigée dans ce but, ou même faite en vue d'y concourir? Le bénéfice d'inventaire au cas de minorité est loin de faire présumer que la succession soit mauvaise et par suite que toutes les valeurs doivent être sacrifiées aux créanciers, ce qui rendrait le choix indifférent; l'actif peut au contraire, l'emporter de beaucoup et la liquidation cependant être difficile en raison des affaires engagées par le défunt, de procès à soutenir ou de recouvrements pénibles; cette situation explique que les héritiers aient voulu y procéder avant le partage et aient nommé un mandataire à cet effet, sorte de syndic sans investiture légale. Il n'en est pas moins vrai que dans les circonstances supposées il restera, tout compte fait, un stock peut-être encore considérable de valeurs dans la masse partageable; est-il donc indifférent au mineur de savoir lesquelles seront employées aux dettes, lesquelles seront réservées pour être réparties dans les lots des héritiers? Et même qui peut assurer le conseil de famille que l'administrateur, d'accord avec le tuteur, si même ce n'est pas celui-ci qui ait été investi de ces doubles fonctions, ne s'entende avec les héritiers pour vendre, à l'insu de la famille, sous prétexte de liquidation, telles ou telles valeurs sur le mérite desquelles les appréciations, ou peut-être les intérêts diffèrent? Assurément cette exigence pourra apporter quelque entrave à la mission du liquidateur; cependant les circonstances que l'on suppose sont évidemment exceptionnelles, et il sera bien rare qu'on ne puisse prévoir approximativement les nécessités auxquelles il faudra faire face et par suite la quotité de valeurs dont la vente pourra devenir nécessaire; dans ce cas on en soumettra le choix à la décision du conseil de famille qui statuera ainsi en une seule délibération.

La comparaison que l'on pourrait établir avec l'administrateur judiciaire nommé sur la demande des successibles est assurément insoutenable; puisque celui-ci ne peut être autorisé à vendre que dans les cas d'urgence absolument exceptionnels et ne peut jamais entreprendre de procéder aux mesures d'ensemble qui constituent une liquidation; et s'il fallait restreindre la liberté que l'on réclame pour le liquidateur au cas où l'aliénation des valeurs serait permise à l'administrateur judiciaire, on risquerait fort de ne pas seconder beaucoup plus que ne le fait notre système l'exercice de sa mission. La vérité est donc qu'il faut toujours revenir à l'application stricte de la loi; les intérêts d'un mineur propriétaire se trouvent engagés, ils doivent donc, à moins d'exception écrite dans la loi, être assurés de toujours trouver les garanties et protections qui ont été créées en leur faveur. Si l'on devait en décider autrement, nous ne verrions assurément aucune bonne raison de distinguer entre le cas où le mandataire de plusieurs cohéritiers procède à la liquidation et celui où le tuteur d'un mineur, héritier unique, demande

Digitized by Google

à vendre en vue de la même opération. Faudrait-il donc aussi admettre que les aliénations ayant le caractère de mesures accessoires de la liquidation pourraient être autorisées par justice sans que le tuteur ait recours au conseil de famille? D'abord, sur quel texte de la loi de 1880 fonderait-on cette exception ? Ferait-on intervenir l'article 796 ? Mais nous savons qu'il permet la vente en vue d'hypothèses fort limitées et bien différentes. Dirait-on, en prenant le langage de l'avis du Conseil d'État de 1808, qu'il n'y a plus, au point de vue de la liquidation, qu'un administrateur comptable ; que cette qualité chez l'héritier bénéficiaire l'emporte et fait disparaître, lorsqu'il procède au règlement des dettes et autres mesures qu'implique son bénéfice, la personnalité du propriétaire? Nous avons repoussé cette exagération et cette erreur; administrateur lorsqu'il s'agit des intérêts des créanciers, l'héritier bénéficiaire n'en agit pas moins à titre de propriétaire dont les intérêts personnels sont en jeu ; ces intérêts personnels, la justice n'a pas à en tenir compte, si l'héritier est majeur, elle doit, s'il est mineur, les protéger à l'égal et plus encore que ceux des créanciers et légataires. Donc en toute hypothèse la vente des valeurs opérée par l'administrateur d'une succession bénéficiaire ne sera valable au regard d'un héritier mineur, que si les formalités de loi de la 1880 ont été remplies, et par suite le conseil de famille consulté. S'il s'agit de valeurs dépassant 1500 fr., le tribunal auquel on a recours, devra toujours, avant de donner son autorisation, exiger la preuve que cette première condition a été remplie.

321. — En exigeant dans tous les cas l'autorisation préalable du conseil de famille nous entendions bien entendu nous placer seulement au point de vue du mineur. C'est à son égard seulement que la vente faite sans cette formalité se trouverait annulable; au regard des créanciers héréditaires, non seulement elle est pleinement valable, ce qui est de droit commun pour tous les actes excessifs de l'héritier bénéficiaire, mais elle ne saurait même engager à leur égard la responsabilité du tuteur qui l'a accomplie ; la formalité omise n'était pas exigée dans leur intérêt. L'autorisation de justice a été obtenue, on le suppose ; donc ils n'ont plus droit d'élever aucune réclamation. Mais ne pourraient-ils pas au moins, en vertu de l'article 1166 exercer indirectement l'action en nullité qui appartient au mineur ? Voici l'hypothèse : un tuteur, ou un administrateur d'une succession bénéficiaire, a obtenu, sous prétexte de liquidation, l'autorisation de la Chambre du conseil sans justifier de celle du conseil de famille; le mineur, ou plutôt le tuteur en son nom, pourrait faire annuler le vente; mais il la croit avantageuse et ne réclame pas ; les créanciers héréditaires qui pourraient espérer, si elle eût été retardée, un prix plus élevé, peuvent-ils au nom du mineur demander la nul-

Digitized by Google

lité de la vente pour défaut d'autorisation du conseil de famille (art. 1er loi de 1880) ? Les créanciers héréditaires n'ont sans doute aucun droit sur les biens personnels de l'héritier, et c'est ainsi qu'il a été jugé qu'ils ne pouvaient attaquer, comme faite en fraude leurs droits, la cession d'une créance faisant partie du patrimoine de l'héritier bénéficiaire (1). Mais il s'agit dans l'espèce de la vente d'un titre de la succession, d'un de ceux par conséquent qui étaient leur gage exclusif; sans doute ils ne peuvent en leur propre nom attaquer l'acte lui-même ni recourir contre les biens de l'héritier, cela pour cette double raison que les formalités exigées pour éviter la déchéance du bénéfice d'inventaire ont été remplies et que cette déchéance ne peut atteindre le mineur ; cela est vrai, mais faut-il dire pour cela qu'ils aient cessé d'être les créanciers de l'heritier ? Ce serait une idée fausse, l'héritier reste tenu envers eux mais sur certains biens seulement (2), or, le bien aliéné est de ceux sur lesquels avaient droit les créanciers; on peut donc dire qu'en tant qu'il s'agit spécialement de ces biens, les créanciers héréditaires sont également créanciers personnels de l'héritier et peuvent exercer de ce chef les actions qui lui appartiennent relativement à ces biens. On reconnaît aujourd'hui, à peu près universellement, que l'action en nullité qui existe au profit des incapables est de celles que les créanciers peuvent exercer en vertu de l'article 1166 ; donc, pourrait-on dire les créanciers héréditaires pourront faire rentrer les valeurs aliénées dans la masse de la succession. Ce serait une erreur manifeste. Car l'action en nullité existe désormais dans les biens personnels de l'héritier, elle fait partie de son patrimoine que l'acceptation bénéficiaire a nettement séparé de celui du défunt (3). Les créanciers du défunt n'ont plus d'action que sur la masse héréditaire et ne peuvent invoquer un droit compris parmi ceux de l'héritier. Qu'importe qu'elle ait pour objet un bien de la succession, car ce bien a régulièrement perdu cette qualité ; il a cessé d'appartenir au gage des créanciers ; les formalités exigées dans l'intérêt de ces derniers pour sa disparition hors de la masse héréditaire ont été accomplies, et à sa place celle-ci a recueilli des capitaux qui la représentent et sur lesquels seuls peuvent s'exercer les droits des créanciers. Invoquer, en vertu de l'article 1166, l'action du mineur serait violer l'article 802 qui établit la séparation des deux patrimoines.

322. — Telle est donc la situation qui résulte de l'accomplissement des formalités exigées au regard des créanciers et en même temps de l'inobser-

1. Cass. 4 déc. 1839, Sir. 40. 1, 478.
2. Demol. Suc. t. 3, n° 159 *bis*.
3. Dalloz V. Succession, n° 787.

Digitized by Google

vation de celles imposées en faveur du mineur ; mais quel serait l'effet de la situation inverse? Situation très vraisemblable si l'on suppose que la chambre du conseil d'un tribunal se refuse à accepter la doctrine de l'arrêt du 4 avril 1881. Il s'agit d'un titre inférieur à 50 fr., le tribunal regarde son autorisation comme n'étant pas exigée ; et le tuteur en vertu d'une délibération du conseil de famille, procède à la vente. Les créanciers réclament après coup, en vertu de la jurisprudence qui exige en leur faveur l'autorisation de justice quelle que soit la quotité du titre, quel sera l'effet de leur recours? Ce ne sera évidemment pas la nullité de la vente ; car telle n'est pas la sanction des formalités imposées à l'héritier bénéficiaire; sera-ce comme de droit commun la déchéance du bénéfice d'inventaire? Cela ne saurait être non plus, car le mineur ne peut jamais, ni par son fait, ni par celui du tuteur, être constitué héritier pur et simple (1). Les créanciers auront donc seulement un recours en responsabilité contre le tuteur; et dès lors l'effet qui résulte de l'omission des formalités requises a profondément changé de caractère ; de droit commun, ce n'est autre chose qu'une manifestation de volenté constatée par la loi et acceptée avec toutes ses conséquences; aussi avons-nous reconnu que la déchéance, au moins pour l'acte qui nous occupe, devait être absolue et ne laissait aucune liberté d'appréciation au tribunal. S'il s'agit du mineur, il n'y a plus à tenir compte d'une volonté qui n'est pas reconnue par la loi ou qui voudrait aboutir à une situation que la loi prohibe ; la sanction ne consiste plus qu'à demander réparation d'une faute commise, elle devient une demande en dommages-intérêts, mais alors pour qu'il y ait faute, pour qu'il puisse y avoir dommages-intérêts, il faut avant tout qu'il y ait préjudice. D'où cette conséquence que la vente sans les formes ne pourra engager la responsabilité du tuteur que si elle a nui aux créanciers (2). Est-il besoin en terminant de supposer l'hypothèse presque invraisemblable où la vente aurait eu lieu sans formalité aucune? Elle est annulable de la part du mineur et peut donner aux créanciers une action en responsabilité contre le tuteur; mais cette circonstance nouvelle peut-elle changer la solution que nous avons admise à propos de l'exercice par les créanciers héréditaires de l'action en nullité du mineur? Nous pouvons, très nettement, affirmer que non. On a beau dire qu'en ce cas, la valeur aliénée a été irrégulièrement distraite du gage des créanciers, que la sanction ordinaire, qui est la déchéance du bénéfice d'inventaire, faisant défaut, on ne peut réduire les créanciers à la ressource précaire d'une action en responsabilité contre le

1. Cf. Cf. Rouen 30 avril 1828 (D. V. Succ. n° 835) en note Bordeaux 1er mars 1832 (D. V. Succ. n° 954 en note).

2. C. Rouen, 30 avril 1828 (note précédente).

Digitized by Google

tuteur, lorsqu'il est si facile de réparer le préjudice qui leur a été causé, et qu'enfin tout ce qui peut résulter de l'exception admise au principe des articles 988 et 989 Pr. civ., c'est que le mineur ne peut jamais être tenu de payer au delà de ce qu'il a recueilli dans la succession, mais qu'il ne peut être fait obstacle à ce que les créanciers héréditaires, dont on a violé les droits, ne deviennent de ce chef créanciers personnels de l'héritier dans la mesure tout au moins où cette réserve sera respectée. Il n'en est pas moins vrai cependant que l'omission des formes constitue encore à l'égard des créanciers une simple faute dont le tuteur est responsable et ne leur donne jamais droit d'attaquer l'acte accompli ; dans tous les cas, le bien est donc à leurs yeux légitimement sorti du patrimoine du défunt ; le prix qui provient de la vente le représente dans la masse héréditaire et l'action en nullité de la vente fait partie exclusive du patrimoine du mineur ; pour l'exercer il faudrait que la confusion des deux patrimoines eût pu être réalisée, et la séparation détruite ; or, nous avons admis que cette situation ne pouvait jamais exister à l'encontre du mineur ; il est faux du reste de prétendre que cette action pourrait être exercée sans que le mineur fût jamais exposé à aucune perte personnelle c'est qu'en effet le droit de poursuivre la nullité fait bien désormais partie du patrimoine du mineur et comme tel a une valeur pécuniaire qui est propre à celui-ci.

Que les créanciers la poursuivent, dit-on, ils rendront le prix que le mineur n'avait pas touché lui-même et dont ils étaient nantis ; au lieu du prix ils auront le titre restitué ; qu'importe au mineur ? Que lui importe que les créanciers aient pour se payer le titre ou les deniers qui en provenaient ; que lui en revient-il, en quoi son patrimoine peut-il en souffrir ? Si cependant les créanciers avaient dû se contenter du prix et que l'action en nullité eût été réservée propre au mineur avec droit de l'intenter jusqu'après le délai de dix ans qui suivra sa majorité, ne peut-on pas supposer que dans cet intervalle tous les créanciers aient été désintéressés et que lorsque le mineur reprend la valeur dont il a fait annuler la vente, celle-ci n'est plus destinée à satisfaire au paiement des dettes, mais qu'elle lui reste propre et que, dès lors si elle est en hausse, c'est à lui seul que profitera la plus-value ? L'action en nullité qui appartient en propre au mineur fait de cette plus-value possible, de cet avantage, une valeur rentrant dans les biens personnels du mineur ; et s'il est permis aux créanciers de lui enlever ce droit éventuel, on ne peut plus dire que ceux-ci ne portent pas atteinte au patrimoine personnel de l'héritier même : or c'est ce que la loi a formellement interdit. Ainsi donc en vertu de l'article 802 combiné avec l'article 461 du Code civil nous devrons même en cette hypothèse réduire les créanciers héréditaires à une simple action en responsabilité contre le tuteur.

Digitized by Google

323. — Nous avons vu jusqu'ici quelles sont les formalités imposées dans l'intérêt des créanciers pour la vente des titres dépendant d'une succession bénéficiaire ; nous avons indiqué quelle serait la sanction qui suivrait l'omission de ces formalités ; et les difficultés que présente à ces divers points de vue la présence d'un mineur au nombre des héritiers. Nous avons à nous demander si les effets qui résultent du bénéfice d'inventaire relativement aux valeurs héréditaires seront indéfinis, perpétuels, et quelle peut être leur influence à l'égard du trésor chargé du transfert des titres. Assurément le bénéfice d'inventaire peut cesser par l'effet d'un acte d'aliénation par lequel l'héritier se constitue héritier pur et simple ; ce n'est pas l'hypothèse que nous supposons. L'héritier au contraire a scrupuleusement observé toutes les formes requises dans l'intérêt des créanciers ; il est parfaitement démontré qu'il a voulu rester, et de fait il est resté, bénéficiaire ; tous les créanciers connus ont été désintéressés, il reste un reliquat qui revient à l'héritier, et parmi ce reliquat se trouve un titre peut-être de la plus mince importance, comme cette inscription de rentes de 42 francs au sujet de laquelle fut rendu l'arrêt du 4 avril 1881. Un assez long temps s'écoule après l'achèvement de la liquidation et le parfait réglement des dettes ; puis l'héritier vend ce titre librement ne croyant plus avoir d'autorisation à demander ; et c'est alors que se présente un créancier, dont la créance n'est pas encore prescrite et se monte peut-être à une somme considérable ; pourra-t-il arguer de cette vente sans autorisation pour se prévaloir de la confusion des patrimoines et se faire payer sur les biens personnels de l'héritier, peut-être consommer sa ruine? En un mot l'héritier bénéficiaire, même après la liquidation, quand un reliquat lui a été restitué, et qu'il n'existe plus de créancier connu, est-il encore indéfiniment soumis aux formalités qui doivent entourer la vente des valeurs héréditaires, à peine de voir ses biens personnels poursuivis par un créancier négligent? Il faut bien avouer que l'affirmative s'impose ; cela provient de ce qu'il n'y a pas, comme au cas de faillite, un système de publicité organisé, et par suite un délai de forclusion imposé aux créanciers. Si l'héritier vend sans les formes, c'est qu'il reconnaît que désormais il n'y a plus séparation des patrimoines et que la confusion est opérée ; il court la chance ; sans doute il a toutes raisons de croire que tous les créanciers ont été payés ; mais enfin il doit aussi prévoir le cas contraire et prendre ses garanties à tout évènement ; sinon son bénéfice cesse et les deux patrimoines ne font plus qu'un. A aucune époque il ne saurait y avoir pour un créancier même négligent, prescription du droit de reconnaître une acceptation pure et simple parfaitement caractérisée, du droit en un mot de constater un fait.

324. — Donc à toute époque, un créancier héréditaire peut toujours ar-

Digitized by Google

gner du défaut des formalités à l'effet de poursuivre le patrimoine personnel de l'héritier ; mais est-ce à dire que le trésor doive aussi à toute époque s'opposer au libre transfert des titres inscrits au nom de l'héritier bénéficiaire? Cette prétention, dit-on, lui serait familière ; à notre avis c'est un abus. En effet le principe fondamental que nous avons cherché à établir, c'est que l'héritier bénéficiaire est toujours libre de se soustraire aux entraves de sa situation à la charge d'offrir aux créanciers héréditaires la garantie de son patrimoine personnel. Cette intention peut être tacite ; supposons qu'elle ait été manifestée par exemple par la vente irrégulière d'un immeuble ; il est désormais acquis que l'héritier est devenu héritier pur et simple ; de quel droit l'administration des transferts refuserait-elle de lui reconnaître cette qualité nouvelle?

Comment admettre que tant que le titre restera inscrit sous la mention qui l'indique comme provenant d'une succession bénéficiaire, le trésor prétendra le soumettre à toutes les formalités que cette qualité impose et cela même quand il sera démontré que cette qualité n'existe plus, que les créanciers ont une garantie nouvelle et que l'héritier n'a accepté la situation rigoureuse à laquelle il vient de se soumettre que pour reprendre sa liberté d'action? Son patrimoine personnel se trouve engagé, ses biens sont menacés et en retour il n'a pas même conquis décharge des entraves et formalités qui n'avaient de raison d'être que dans le privilège qui lui est enlevé : c'est illogique. Le motif invoqué est que le titre est inscrit au nom d'un héritier bénéficiaire et que pour le trésor cette mention reste vraie tant qu'elle n'a pas été régulièrement effacée par un transfert de forme. On ne peut l'astreindre à vérifier si vraiment l'héritier est devenu héritier pur et simple et il n'est pas obligé de croire aux affirmations qui lui sont faites. Ces considérations peuvent être vraies, si l'on part du principe que le trésor doit s'assurer de l'accomplissement des formalités exigées même en vue des créanciers héréditaires ; c'est cette idée que nous ne saurions admettre ; elle est encore la conséquence de ce point de vue absolument faux que la déchéance du bénéfice d'inventaire est une peine, et que par suite elle est la sanction d'un acte illégal et irrégulier ; et que le trésor doit écarter les irrégularités qui pourraient affecter le transfert auquel il intervient, faute par lui d'être responsable envers les intéressés ; toutes conséquences inexactes. L'héritier bénificiaire réclame le transfert, il ne peut remettre à son agent de change chargé de vérifier les pièces nécessaires, copie du jugement d'autorisation ; le trésor refuse ; est-ce que l'héritier n'a pas le droit de répondre : Je suis libre de reprendre la situation normale d'héritier pur et simple, la vente que je veux accomplir n'a pas d'autre signification, je redeviens maître de mes droits ; la loi me le permet, vous n'avez qu'à constater le fait

Digitized by Google

et ne pouvez pas vous y opposer? La loi a donné mission aux agents de l'administration de vérifier deux choses sous leur responsabilité, si le vendeur du titre était vraiment propriétaire, et s'il avait le pouvoir, la capacité de l'aliéner ; en dehors de ces deux preuves le trésor n'est plus responsable et n'a plus droit d'ingérence. Or l'héritier est propriétaire et il est capable de procéder à la vente, puisque dans aucun cas elle ne saurait être annulable. L'administration dépasse donc les termes de sa mission, lorsqu'elle prend sur elle de veiller aux intérêts des créanciers ; cette prétention ne trouverait d'excuse que si, faute de l'avoir fait, elle devait être responsable vis à-vis d'eux. Or nous prétendons qu'il ne saurait en être ainsi puisque la ressource des créanciers est désormais le droit de poursuivre le patrimoine personnel de l'héritier, s'ils trouvent avantage à faire disparaître la fiction de séparation du patrimoine. Mais ils ne peuvent reprocher à l'administration d'avoir constaté une manifestaton de volonté que l'héritier avait droit de laisser se produire et dont on ne peut lui refuser d'invoquer les conséquences. Nous admettrons donc en principe que les agents du transfert n'ont pas le droit de refuser leur concours pour le motif que l'autorisation de justice ne leur est pas représentée ; ils peuvent s'opposer au transfert demandé au nom d'un mineur ou de tout autre incapable qui n'a pas été valablement habilité ; ils ne peuvent discuter les droits de l'héritier bénéficiaire vrai propriétaire et toujours libre de renoncer à son bénéfice. Tel est le principe ; il est un cas cependant où il doit céder ; c'est encore celui où il s'agit d'un mineur ; la vente sans les formes, demandées au nom du mineur héritier bénéficiaire n'est plus une manifestation légitime devant laquelle on doive s'incliner, puisqu'il n'a pas le droit, ni personne pour lui, d'accepter purement et simplement. Le défaut de formalités équivaut vraiment en pareil cas à une irrégularité dont l'administration pourrait être responsable vis-à-vis des créanciers, car ceux-ci n'ont d'autre ressource qu'une action en dommages-intérêts contre ceux qui se sont prêtés à cette violation de leurs droits, le tuteur en premier lieu et les agents qui ont operé le transfert : et il en sera ainsi jusqu'à la majorité de l'héritier bénéficiaire.

Cette décision vient encore aggraver les observations que nous suggérait l'abrogation de l'avis du conseil d'état de 1808. Le résultat a été de généraliser la nécessité de l'autorisation judiciaire, même pour les plus petits capitaux ; nous pensions que le tuteur, si la succession est riche, pourrait sous sa responsabilité s'exempter de recourir devant la Chambre du Conseil pour les titres inférieurs à 1500 fr. ; que personne n'aurait à s'en plaindre ; nous sommes obligés d'avouer que cette ressource elle-même, si précaire soit-elle, se trouvera entravée par les rigueurs de l'administration des transferts ; et cette situation se perpétuera bien au-delà de la liquidation, et du réglement

Digitized by Google

des dettes; elle durera, d'après les prétentions du trésor, tant que les titres conserveront la même mention, et dans notre théorie, jusqu'à la majorité du pupille héritier.

On peut donc voir exactement maintenant quel sera le champ d'application de la distinction fondamentale introduite par la loi de 1880; elle se restreint aux titres donnés, légués ou achetés, ce qui, pour le mineur, sera l'exception. Aussi pourrait-on comprendre, si la succession est bonne, que le conseil de famille, voulant soustraire le tuteur aux lenteurs et aux frais d'autorisation pour les petits capitaux, décide, afin d'échapper aux exigences de l'administration, que les titres au porteur inférieurs à 1,500 fr. seraient exemptés de la conversion. Non assurément que les formalités édictées en faveur des créanciers ne s'appliquent pas aux titres au porteur; mais tout au moins le tuteur pourra plus facilement s'y soustraire, sous sa seule responsabilité, lorsque tous les créanciers auront été payés, et que la succession est véritablement bonne.

325. — *Du curateur à succession vacante.* La loi elle-même nous invite à rapprocher des pouvoirs de l'héritier bénéficiaire de ceux de l'administrateur nommé au cas de vacance de la succession. Cette hypothèse suppose (art. 811) qu'il ne se présente aucun héritier, ou que les héritiers connus ont renoncé; ici encore il est indispensable de pourvoir à la conservation et à la gestion des biens héréditaires, indispensable surtout de nommer un contradicteur contre lequel les créanciers puissent exercer leurs poursuites. Ce mandataire spécial est bien réellement un administrateur au sens technique du mot et la loi ne craint pas de l'assimiler à l'héritier bénéficiaire, preuve bien convaincante que celui-ci au regard des créanciers ne doit être considéré qu'à ce point de vue et réduit au rôle que cette qualité comporte (art. 814). Cette remarque faite nous devons ajouter que cette assimilation ne saurait être une identité, par cela même que l'héritier administrateur tant qu'il veut conserver son bénéfice n'en est pas moins propriétaire libre de ses droits et qu'on ne peut entraver la jouissance qui lui est due. Cette différence conduit en pratique à quelques dissemblances. C'est ainsi que la vente des meubles est obligatoire pour le curateur et facultative pour l'héritier; que celui-ci a et doit avoir le maniement des deniers qui lui appartiennent tandis que le curateur doit en faire le dépôt; elle avait également conduit dans la question qui nous occupe à quelques incertitudes parmi les auteurs. Assurément on lui appliquait sans hésitation l'avis du Conseil d'État de 1808. Mais il semblait bien imprudent, tout au moins bien contraire aux principes de nos lois, de lui laisser liberté entière pour la vente des autres droits incorporels. Aussi admettait-on qu'il pût recourir, d'autres disaient qu'il dût recourir, à la chambre du conseil. On n'osait toutefois poser à ce sujet

Digitized by Google

aucune règle précise ; la justice, dit M. Demolombe, pourra accorder ou refuser son intervention suivant les cas (1). Est-ce donc là une règle de droit, est-ce ainsi que la loi doit s'exprimer? Que la justice refuse son autorisation pour inopportunité de la vente, c'est son rôle ; mais qu'elle puisse suivant les occasions se déclarer ou non compétente, c'est de l'arbitraire au premier chef. Il semble pourtant, en apparence au moins que l'on eut pu avec quelque succès, proposer de le soumettre à l'ordonnance du président, suivant le système proposé par M. Coin Delisle. C'est qu'en effet il y a à son sujet ce qui manquait au regard de l'héritier bénéficiaire, un texte qui paraît bien renvoyer à l'article 946 Pr. civ. où il est parlé de cette ordonnance, c'est l'article 1000 Pr. civ. lequel pour la vente des meubles par le curateur à succession vacante se réfère au chapitre du code de procédure intitulé: de la vente du mobilier, et par suite à l'article 946 qui s'y trouve compris. Cependant on semble bien n'avoir attaché qu'une importance fort restreinte à cette considération et la question ne s'est guère posée en pratique et devant la jurisprudence qu'entre le système de la liberté et celui de la compétence de la chambre du conseil (2). On considéra sans doute que le renvoi de l'article 1000 n'avait en vue que les formes matérielles de la vente et par suite ne s'appliquait, comme du reste le chapitre II auquel il est fait allusion, qu'au mobilier corporel. Cette interprétation est assurément la nôtre; aussi ne ferons-nous relativement à la vente des titres et valeurs héréditaires, aucune distinction entre les pouvoirs du curateur à succession vacante et ceux de l'héritier bénéficiaire ; d'après notre théorie il devra donc, quelle que soit la quotité du titre, se munir de l'autorisation du tribunal ; la sanction qui suivrait l'omission de cette formalité ne saurait être, on le comprend, qu'une action en responsabilité contre le curateur ; aussi déciderons-nous, comme nous l'avons fait pour le mineur héritier, que l'administration des transferts devra toujours exiger la preuve de l'autorisation de justice avant de procéder à l'opération requise, sinon elle serait également responsable à l'égard des créanciers.

326. — *De l'exécuteur testamentaire.* — Nous devons, pour terminer ce qui regarde les différents administrateurs d'une succession, dire quelques mots du cas où le testateur, pour assurer l'exécution des legs, a conféré à un exécuteur testamentaire la saisine de son mobilier. Il ne fait pas de doute en ce cas que cette expression ne s'étende à tous les meubles incorporels (3). Elle comporte le droit d'administrer et celui de vendre en vue du paiement des legs. C'est un mandat qui émane du testateur; il a pu lui donner l'extension

1. Demol. Succession, t. 3, n° 442.
2. Cf. Bertin. t. 2, n° 1256.
3. Ricard. Part. II, n° 78. Bucquet : Des droits de bâtardise, ch, VII, n° 5.

Digitized by Google

qu'il a voulu. Aussi ne saurions-nous admettre que l'exécuteur doive en principe obtenir pour l'exécution du mandat qui lui est confié aucune autorisation (1).

L'article 1031 laisse bien supposer qu'il pourra vendre de sa seule autorité ; il suffira seulement que la vente soit rendue nécessaire par l'insuffisance de deniers comptants, et s'il s'agit de meubles corporels qu'il procède suivant les formes réglées au Code de procédure (art. 945 et suiv.). Nous ne pensons pas que le consentement de l'héritier, ou à son défaut celui de justice, soit exigé pour l'aliénation des valeurs de la succession, s'il devient nécessaire de les aliéner pour l'exécution des legs. D'ailleurs, M. Demolombe qui semble dire le contraire, nous paraît bien seulement donner ainsi à l'exécuteur testamentaire un conseil de prudence pour mettre sa responsabilité à couvert et non faire de cette formalité une condition de validité de la vente. Il en serait ainsi, à notre avis, même si l'héritier fût un mineur, un interdit (2). Le testateur, en effet, a considéré tous ses meubles comme une valeur abstraite destinée aux legs et voulu que le surplus seulement fût restitué à l'héritier ; il n'a pas entendu que chacun de ses biens mobiliers pût être considéré comme appartenant à celui-ci dans son individualité, et que l'héritier pût s'opposer d'une façon quelconque à la mission qu'il a confiée à son mandataire ; ce sont entre ses mains comme des choses fongibles destinées au paiement des legs et le mineur est censé n'avoir recueilli que des deniers comptants; le testateur est toujours libre assurément de transformer à son gré les éléments de son patrimoine avant de les laisser aller aux mains de ses héritiers. Le mineur ne peut donc arguer que l'on vend, sans les formes de la loi de 1880, des valeurs qui lui appartiennent, car la question est précisément de savoir si le testateur a entendu forcément lui laisser ces biens à l'état de valeurs mobilières (3). Celui-ci pouvait restreindre l'étendue de la saisine au mobilier corporel, il y a compris même ses titres et valeurs ; c'est donc qu'à ce point de vue il a assimilé les uns aux autres tous les meubles corporels ou incorporels composant sa succession. De même, si la vente de toutes les valeurs n'est pas nécessaire, l'exécuteur testamentaire fera bien, il devra même, pour couvrir sa responsabilité, laisser à l'héritier le choix de celles qui devront être aliénées ; mais nous ne croyons pas que, même en ce cas, l'omission de cette formalité pût entraîner la nullité de la vente; la raison est toujours que celle-ci se trouve comprise dans le mandat donné par le testateur. Ce choix, si l'hé-

1. Contra : Demol. t. XXII, n° 72.

2. Cf. 1031 qui, supposant qu'il y ait des héritiers mineurs, n'impose, comme mesure spéciale, que l'apposition des scellés.

3. Cf. Demol. *loc. cit.*, n° 93.

Digitized by Google

ritier est mineur, pourra être exercé par le tuteur, sans qu'il y ait à remplir les formalités de la loi de 1880. Cela résulte de ce qu'au point de vue de la validité de l'acte, nous avons admis qu'il aurait pu être omis, même impunément. Toutes ces ventes, en vue du paiement des legs, ne pourront assurément être effectuées qu'après le désintéressement des créanciers; et l'exécuteur ne pourrait sans leur consentement, ou l'autorisation de justice si la succession a été acceptée bénéficiairement, procéder à la vente des valeurs; c'est qu'en effet les créanciers doivent passer avant les légataires et on ne peut plus dire qu'à leur égard le testateur ait le droit de modifier la composition de la masse héréditaire; toute disposition de ce genre reste une disposition testamentaire en vue d'une libéralité gratuite et par conséquent ne peut recevoir son exécution qu'une fois les créanciers désintéressés. De même, s'il y a des héritiers à réserve, toutes les solutions que nous avons données plus haut ne devront être admises qu'en ce qui regarde la portion disponible.

327.— *Des grevés de substitution.*— La situation du grevé se rapproche quelque peu de celle de l'héritier bénéficiaire en ce que il s'agit dans ce cas également d'une succession régulièrement recueillie par celui qui en est légitime propriétaire, mais sur laquelle portent les droits éventuels d'autrui. Le grevé est propriétaire des biens qu'il a recueillis, mais à charge de les rendre, le cas échéant, à ceux qui lui ont été substitués. De ce qu'il est propriétaire et peut même le rester toujours, il suit que les actes par lui accomplis sont valables par le fait même et ne peuvent tomber qu'à l'ouverture de la substitution, lorsque le droit de celui qui les a réalisés est démontré n'avoir pas existé et qu'il y a lieu alors d'appliquer la règle *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis.* En pareil cas, sont déclarés avoir été nuls au regard des appelés tous les actes par lesquels le grevé a disposé d'un bien quelconque de la succession; on ne doit respecter que les mesures de conservation et d'administration les plus urgentes, nécessaires pour faire fructifier le patrimoine provisoirement recueilli par le grevé et en empêcher le dépérissement. De ce nombre ne sont évidemment pas les aliénations de valeurs mobilières; aussi tous les auteurs, sauf pourtant MM. Aubry et Rau, s'accordent-ils à reconnaître qu'elles sont nulles à l'égard des appelés (1).

Cependant il est un principe dominant en matière de substitution, c'est que au regard des tiers les actes du grevé ne peuvent être annulés que si la substitution a été rendue publique relativement aux biens qui ont fait l'objet de l'aliénation attaquée par les appelés. Le Code pour les immeubles organise un système de publicité par la transcription; nous devons en fait de

1. Cf. Demol., t. XXII, n° 565. Aubry et Rau, t. 7, § 696, not. 64.

Digitized by Google

valeurs mobilières adopter un système analogue consistant dans la mention de la clause de substitution sur les titres nominatifs. Les appelés ne pourraient donc faire annuler le transfert des valeurs grevées de substitution que s'il s'agissait de titres nominatifs indiquant par une mention de ce genre l'inaliénabilité partielle et provisoire dont ils étaient frappés. La conséquence à tirer de cette règle c'est que l'appelé sera obligé de faire convertir en titres nominatifs, avec mention de la clause susdite, les valeurs au porteur contenues dans la disposition qu'il recueille, valeurs assurément exemptées de la vente obligatoire dont parle l'article 1062, mais qui ne peuvent être ainsi conservées que si la restitution en est assurée aux ayants-droit (1). La garantie de l'exécution de cette obligation se trouve dans la surveillance du tuteur à la substitution, lequel, malgré le nom qu'il porte est dénié de l'exercice des droits et n'a d'autre mission que de veiller à l'exécution des mesures exigées dans l'intérêt des appelés ; il remplit donc à cet égard un rôle analogue à celui qui a été conféré au subrogé-tuteur par la loi de 1880. Aussi son consentement n'ajoute-t-il rien à la capacité du grevé ; et lorsque celui-ci croit nécessaire de procéder à un acte d'aliénation, il ne peut le faire, de manière à le rendre opposable aux appelés, qu'en s'adressant à la Chambre du conseil, dont la compétence résulte de ce principe général si souvent rappelé, qu'elle est l'autorité de droit commun instituée pour suppléer, au cas d'urgence, aux pouvoirs restreints des incapables (2). La compétence existera en matière de valeurs mobilières comme en matière d'immeubles ; elle ne devra accorder son autorisation que pour le cas de nécessité absolue (cf. art. 457) ; et le grevé devra la lui demander non seulement pour vendre les valeurs trouvées dans la succession mais celles aussi qu'il aurait acquises en emploi des capitaux libres, ou en emploi des derniers provenant du remboursement des dettes. La plupart de ces solutions étaient déjà admises en ancien droit par les interprètes de l'ordonnance de 1747 sur les substitutions ; et toutes sont assurément dans l'esprit de ce document législatif, lequel a été le guide des auteurs du Code en cette matière.

1. Colmet de Santerre, t. IV, 226 bis III, Demol. t. XXII, n° 496.
2. Bertin, t. 2, n° 1293.

Digitized by Google

CHAPITRE V

POUVOIRS DU MARI SUR LES BIENS PERSONNELS DE LA FEMME

328. — Sous la plupart des régimes matrimoniaux, le mari est administrateur des biens propres de sa femme. C'est à lui également qu'en appartient, au moins sous le régime de communauté, la jouissance ; mais il ne faudrait pas croire que cette seconde prérogative suffit à expliquer la première. Car les droits qui lui sont accordés sur la fortune personnelle de la femme, dépassent de beaucoup ceux qui pourraient être nécessaires pour la sauvegarde de son usufruit. Il faut donc pour en expliquer l'étendue faire intervenir une idée nouvelle, dont nous avons déjà retrouvé l'analogue dans une des administrations précédemment étudiées, une idée de puissance. C'est pour une cause semblable que nous avons vu la loi attribuer au père l'administration des biens de ses enfants mineurs ; mais il y a entre les deux cas une différence fondamentale ; le père supplée à une incapacité naturelle ; il y avait donc nécessité de pourvoir à l'administration des biens appartenant aux mineurs ; la loi n'a pas voulu introduire dans la famille une autorité étrangère, elle a confié cette gestion au père lui-même. Il en est tout autrement de l'association conjugale ; la femme en se mariant n'est pas pour cela devenue incapable de gérer sa fortune ; mais la loi, interprète des sentiments qui président d'ordinaire à l'union matrimoniale, a pensé que, dans cette communauté étroite de vie et d'intérêts; les époux devaient avoir eu en vue l'unité de direction si nécessaire à l'harmonie, et à la bonne gestion des intérêts communs ; elle a pensé surtout que la femme, bien que pleinement capable en elle-même, serait désireuse de se décharger des soins d'une administration quotidienne, entre les mains de celui qu'elle a choisi pour son protecteur naturel. Il est important de faire intervenir ces deux idées dont l'une peut corriger ce que l'autre peut avoir de trop absolu. Il serait inexact en effet de dire uniquement, comme le faisait Renusson (1), que c'est en vertu de la puissance maritale seulement que le mari tient ses pouvoirs d'administration sur les propres de la femme. Sans doute ce fut là l'idée première, celle à l'époque où en vertu du *mundium*, le mari était

1. Comté. 1re part. Ch. IX § 2.

Digitized by Google

le Mainbourg de sa femme (1) ; mais cette idée perdit ce qu'elle avait d'absolu ; et en effet s'il en était encore ainsi, on comprendrait difficilement que le mari pût renoncer par contrat de mariage, à cette prérogative d'ordre supérieur. Ce qui est vrai, c'est que la loi tend à concentrer entre les mains du mari, chef de l'association, la direction de tous les intérêts pécuniaires des époux ; cela devient une obligation formelle par rapport aux biens communs ; le mari à leur égard ne peut pas abdiquer ses pouvoirs ; mais quand il s'agit des biens propres de la femme, la loi se trouvant en présence d'un propriétaire capable et libre d'agir, est obligée, pour réaliser son vœu, de faire intervenir au moins le consentement tacite des parties ; elle suppose que pour les actes de l'administration courante, la femme a accepté ce rôle prépondérant du mari, et confirmé à celui-ci le mandat que la loi lui offrait. Lorsqu'il s'agit au contraire des actes les plus importants, ceux qui se présentent rarement et demandent une décision réfléchie, une entente commune, les actes de disposition en un mot, le législateur n'a pu sous-entendre cette abdication du propriétaire lui-même ; en pareil cas, si l'initiative peut encore appartenir au mari, le dernier mot reste à la femme ; la puissance maritale est sauvegardée, puisque dans tous les cas le consentement ou l'autorisation du mari n'est pas moins nécessaire que l'approbation de la femme. Il était important de noter le triple motif, et la gradation successive qui expliquent les larges pouvoirs du mari, même sur les biens dont la femme est propriétaire. Le mari, comme usufruitier, est intéressé à la bonne gestion des propres de celle-ci ; mais il eût suffi de lui reconnaître les pouvoirs que donne l'usufruit ; comme chef de l'association, il doit tendre à concentrer en lui la direction de tous les intérêts pécuniaires ; mais alors le droit qu'il réclame se heurte à celui qui appartient à la femme comme propriétaire, aussi la loi a dû, au cas de silence des conventions matrimoniales, et lorsque celles-ci ne s'y opposent pas formellement, supposer que la femme elle-même avait reconnu cette légitime prérogative, et consenti à ce qu'elle s'exerçât pour les actes incapables par eux-mêmes de compromettre sa propre fortune. C'est donc un mandat d'administration tacite, lequel doit avoir toute l'ampleur nécessaire pour donner satisfaction au vœu de la loi et aux exigences de la puissance maritale.

329. — La base de ce mandat, moitié conventionnel, moitié légal, est donc complexe, et ne repose plus sur des nécessités simples et primordiales, comme celles qui expliquent les autres administrations que nous avons précédemment passées en revue. Nous devons noter une autre différence : dans les autres cas d'administration pour autrui, l'administrateur devant sup-

1. *Lex Gond.* 100 lois de Roth. 205. *Muratori dissert.* 11, p. 267. Acte de 1141.

Digitized by Google

pléer à l'absence ou à l'incapacité du propriétaire, était obligé de s'adresser à la justice pour obtenir le supplément de pouvoir dont il se trouvait avoir besoin ; ici le propriétaire est présent et il est capable, la justice n'a plus en général, et à moins qu'il ne se soit lui-même lié les mains et n'ait restreint ses pouvoirs (1), à intervenir ; le mari, pour accomplir un acte non compris dans son mandat, s'adressera au mandant lui-même et demandera son consentement. C'est exactement la théorie que nous avons étudiée à propos du mandat conventionnel général ; c'est qu'en effet nous sommes cette fois encore en présence d'un mandat général proposé par la loi et accepté par les époux : nous saurons donc où trouver nos anologies ; l'assimilation toutefois ne sera jamais complète parce que ce mandat a été conçu par la loi elle-même en vue de répondre à un intérêt spécial, celui qui se rattache à la puissance maritale et à l'unité de gestion des intérêts pécuniaires des deux époux. Et même comme cette gestion, son caractère, sa nature, dépendent des diverses conventions acceptées par les parties et contenues au contrat de mariage, nous ne pouvons donner sur la question qui nous occupe, aucune règle générale absolue. Nous devrons donc étudier d'abord les pouvoirs du mari sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle ; puis sous le régime exclusif de la communauté et enfin sous le régime dotal.

SECTION I

RÉGIME DE COMMUNAUTÉ LÉGALE ET CONVENTIONNELLE

330.— La règle sous ce régime est que tous les biens mobiliers des époux, même les meubles incorporels et par suite les titres et valeurs, sont compris dans le patrimoine commun ; on peut même dire que ce sont les meubles qui ont fourni les premiers éléments de la communauté. Cela s'explique par les idées qui ont présidé à la naissance de ce régime. Deux principes en forment la base ; le droit germanique reconnaissait, relativement aux immeubles surtout, une sorte de propriété collective de la famille ; et d'un autre côté une idée presque universellement répandue alors était que la cohabitation, la communauté de vie, emportait d'ordinaire société de biens et union d'intérêts. Or, il n'est pas d'association plus étroite que l'union conjugale, et si dans le principe, grâce à l'idée de puissance dérivant du *mundium* du mari, le droit de la femme sur le mobilier qu'elle avait apporté en

1. Cf. Art. 1554.

Digitized by Google

mariage sembla tout d'abord devoir être absorbé par le droit supérieur du mari, ou limité tout au moins à une créance de reprise pour une fraction qui varia (1), cependant on arriva assez promptement à la notion de la communauté de droit et par suite à celle du partage par moitié de tous les meubles appartenant aux époux ou acquis par eux durant le mariage (2). Mais s'il en est ainsi des meubles, il en est tout autrement des immeubles, lesquels restent affectés à la propriété familiale, qui forment des propres, qui se trouvent par suite exceptés par leur origine même de cette communauté de biens entre la femme et son mari, et restent dans le patrimoine personnel de celle-ci pour revenir plus tard à sa famille. Le mari n'acquiert sur eux qu'un droit de jouissance et un droit d'administration. Ils forment ce que l'on appelle des propres parfaits ; en ce sens que la propriété reste à la femme et que son consentement seul peut en permettre l'aliénation. Ces idées se sont maintenues jusque dans le Code civil, bien que le fondement historique sur lequel elles reposaient ait peu à peu disparu ; bien que surtout l'importance nouvelle de la fortune mobilière ait pu faire paraître anormal cet abandon par les époux de leur droit personnel exclusif sur les meubles incorporels, créances et valeurs de toutes sortes qui leur appartiennent. Cela peut s'expliquer cependant, outre les motifs de tradition, par cette raison d'utilité pratique que, à défaut de contrat de mariage, le fait apparent qui est la confusion des patrimoines doit être accepté pour le fait réel ; or, dans cette masse commune et confuse, on ne pouvait distraire que les biens qui s'en séparent, qui s'en détachent d'eux-mêmes, et dont le titre peut indiquer l'origine et la provenance ; ces biens ce sont les immeubles. Les autres d'ordinaire ne portent pas d'étiquette, pas de signe distinctif ; on ne peut s'exposer aux difficultés que susciteraient les réclamations de chacun des deux époux, et d'ailleurs rien n'est plus naturel que de supposer, puisque aucun inventaire n'a été dressé, que tous deux ont voulu mettre en commun leur mobilier propre. Cela tranche en effet beaucoup de difficultés, et cette raison, qui est fort mauvaise quant à certains droits mobiliers, tels que les fonds, offices, créances et titres nominatifs, peut cependant, prise dans sa généralité et appliquée à la masse du mobilier, être acceptée comme une explication, je n'ose dire une excuse, du système conservé par le Code civil. Mais on comprend que cette composition qui est celle de la communauté légale, donne lieu à de grandes inégalités et par suite ait suscité l'adoption de diverses clauses modificatrices destinées à rétablir l'égalité entre les apports des deux époux.

1. Voir un acte de 833, Cluny, n° 7, acte 905, Cluny, n° 88. Cf. Fournier, p. 173 et 179.
2. Beaumanoir XIV, 20 et 29. Ass. des Bourgeois, C. 187.

Digitized by Google

331. — L'existence de ces clauses explique en effet que nous puissions avoir à parler de valeurs mobilières propres à la femme ; elles ont pour but de soustraire certains meubles à la mise en communauté et de les conserver dans le patrimoine personnel de l'époux à qui ils appartiennent. Nous examinerons sous un premier paragraphe celles qui écartent certains meubles de la communauté d'une façon parfaitement déterminée, sans laisser aucun doute ni sur l'individualité même du meuble exclu de la communauté, ni sur la plénitude du droit que l'on a voulu conserver à l'époux qui en était propriétaire. De pareilles clauses peuvent se rencontrer même sous le régime de la communauté légale, lorsque par exemple elles affectent une donation mobilière faite à l'époux ; celle-ci a pu lui être offerte sous la condition expresse que les biens lui resteraient propres. Mais cette clause trouve son application la plus large et la plus fréquente sous le régime de la communauté d'acquêts, lequel réduisant la composition du patrimoine commun aux biens qui seront acquis pendant le mariage, laisse intact le droit des époux sur tous les biens, meubles ou immeubles, qui leur appartenaient au jour du mariage. Elle se rencontre enfin dans la clause que l'on peut appeler clause de réalisation absolue, et par laquelle les époux, en se mariant, exceptent d'une façon très déterminée certains meubles de la mise en communauté. Dans ces trois cas on peut hésiter sur la condition exacte des meubles ainsi réservés propres, mais il ne peut y avoir doute sur l'intention des époux, ni sur l'identité des meubles eux-mêmes. Il n'en est plus de même pour les autres clauses de communauté conventionnelle ; certaines clauses d'apport, par leur indétermination même, peuvent laisser flotter d'une manière vague le droit de la communauté sur tout le mobilier des époux, jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée, et réduire l'époux qui était propriétaire des meubles à une simple créance de reprise ; d'autres, telles que la clause de reprise d'apport franc et quitte, sans laisser indécis le droit de la femme sur ses meubles propres, peuvent faire concevoir quelques doutes sur le pouvoir du mari à leur égard. Nous nous occuperons de ces différentes clauses dans un second paragraphe.

§ 1. — *Communauté d'acquêts. Clauses de réalisation absolue.*

332. — Dans tous les cas prévus ici, la femme s'est réservé propre tel bien meuble déterminé, dans notre hypothèse, des titres de rentes ou autres valeurs, il semblerait que nous n'eussions plus qu'à examiner notre question générale ; quels seront les pouvoirs du mari sur ces valeurs demeurées propres à la femme ? Il en serait ainsi, si la tradition, une expression peut-être inexacte aujourd'hui, et l'autorité de Pothier, ne nous forçaient à mettre en

Digitized by Google

doute l'individualité même de ces meubles stipulés propres et le droit de propriété de la femme à leur égard. A entendre la convention dans son sens réel, nous dirions ces biens sont des propres, en ce sens qu'ils sont restés la propriété personnelle de l'époux, que par suite les risques qui peuvent l'affecter sont à la charge de celui-ci comme c'est à lui que doivent profiter les améliorations de valeur, que pendant la communauté les créanciers communs ne peuvent faire saisir le titre resté propre à la femme, et enfin qu'à la dissolution celle-ci le retirera en nature, au lieu de se trouver créancière d'une simple somme pour laquelle son hypothèque légale peut être fort insuffisante. En un mot, sauf la question des pouvoirs du mari qui seule en ce cas peut donner lieu à discussion, la femme est pleinement propriétaire avec tous les attributs, risques et avantages que ce droit comporte ; c'est le sens naturel. Mais il y en a un autre ; peut-être cela pourrait vouloir dire aussi que ces meubles ont bien momentanément suivi le sort de la fortune mobilière, mais que la femme est devenue créancière de leur valeur. Au lieu de perdre sur eux tous ses droits autres que celui du partage par moitié au jour de la dissolution, et si elle accepte la communauté ; elle acquiert, à tout événement, elle ou ses héritiers, une créance en reprise absolument fixe et garantie par son hypothèque. La propriété du meuble est bien acquise à la communauté, parce que c'est là de droit commun le sort de la fortune mobilière, mais la communauté en doit récompense à l'époux ; de là cette expression malheureuse, créée pour caractériser cette situation mixte de propres imparfaits. S'il doit en être ainsi, la question des pouvoirs du mari sur les titres et valeurs stipulés propres ne peut même pas s'élever, puisque le titre faisant partie de la communauté se trouverait soumis aux pouvoirs absolus qui appartiennent au mari en qualité de chef de la communauté. C'est ainsi qu'une première question s'impose à notre examen ; et suivant la solution que nous admettrons, la question même qui fait l'objet de notre étude sera ou non supprimée. Devons-nous donc admettre que les meubles réalisés, et en particulier les titres et valeurs stipulés propres à la femme, ne forment que des propres imparfaits, dont elle n'ait plus la propriété, ou bien devons-nous encore leur reconnaître la qualité de propres parfaits, assimilables aux immeubles qui ne sont pas entrés dans la communauté ?

333. — Le premier système nous vient en droite ligne de Pothier (1) qui dans deux passages insiste formellement sur cette condition spéciale des meubles stipulés propres par les époux. En tant que meubles ils continuent à faire partie de la communauté et en tant que propres ils donnent lieu en faveur de la femme à une créance de reprise. Il serait donc faux, suivant lui,

1. Traité de la puissance du mari, n° 83. Com. n° 325. Introd. à la cout. d'Orléans, 61.

Digitized by Google

de s'appuyer sur les termes de la clause pour assimiler ces meubles aux propres immobiliers. Ce système, ajoute-t-on, a été celui du Code civil qui, pour ce qui est de la composition de la communauté, a suivi Pothier pas à pas et entendu conserver toutes les traditions que l'ancien droit lui avait transmises; cela est si vrai que pour l'un des régimes de communauté, le plus usité peut-être et le plus important, notre Code se borne à la rédaction de deux articles, pour la communauté réduite aux acquêts. Il se contente de dire qu'avant partage chaque époux prélèvera ses apports ; mais de quelle façon aura lieu ce prélèvement ? C'est Pothier seul qui peut nous l'apprendre. Ce sera donc par voie de recouvrement de la valeur apportée. D'ailleurs en parlant de la clause de réalisation, l'article 1503 est plus explicite et rapporte les termes mêmes de Pothier en disant que chaque époux a le droit de reprendre et prélever la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté excédait sa mise en communauté. On ajoute, sur la foi de Troplong (1), que ce système est le seul qui puisse garantir à la fois les intérêts de la femme comme les droits du mari. Au lieu d'un titre précaire dont la valeur peut être réduite à rien, la femme a acquis une créance invariable pour laquelle son hypothèque lui assure la sécurité; et le mari peut au moins sans discussion disposer à son gré pour le mieux de ses intérêts qui sont ceux de la société conjugale, et en temps opportun, d'un droit qui ne peut rendre toute l'utilité dont il est susceptible que si la négociation en est opérée rapidement et sans entrave. Ainsi donc en tant que chef de la communauté et usufruitier des biens de la femme, le mari devait avoir sur les valeurs mobilières qui sont propres à celle-ci des pouvoirs indiscutables. C'est ce qui explique, bien que ces sortes de meubles incorporels soient en eux-mêmes d'une individualisation aussi réelle que les immeubles et souvent d'une importance supérieure, la difference qui actuellement encore devait exister entre ces deux catégories de biens.

334. — Nous reviendrons sur cette considération lorsque nous rechercherons quels sont les pouvoirs du mari sur les meubles propres, dont la propriété complète soit supposée maintenue au profit de la femme; c'est qu'en effet tout ce que peut réclamer au maximum l'intérêt du mari, comme chef de l'association, c'est qu'il ait au sujet des valeurs de cette espèce liberté absolue de disposition; or ces larges pouvoirs peuvent se concilier avec le droit de propriété de la femme et sont loin de supprimer, comme nous l'avons indiqué plus haut, l'intérêt réel de la question. Quant à l'intérêt de cette dernière à voir son droit de propriété transformé en un droit de créance invariable, j'avoue qu'il est un peu téméraire d'y insister. Car si elle échappe

1. Troplong. Cont. de mar. t. 3, n° 1937.

Digitized by Google

aux risques de dépréciation, elle perd par contre les chances de plus-value qui pour les titres mobiliers peuvent être considérables ; d'ailleurs je ne sache pas que le but de l'acceptation par la femme du régime de communauté soit d'améliorer à proprement dit sa situation pécuniaire et de changer la composition de son propre patrimoine ; elle apporte un droit variable qui offre ses dangers comme aussi ses avantages ; elle témoigne, par une clause spéciale, l'intention de conserver cette valeur dans son patrimoine personnel, où voit-on que cette déclaration puisse équivaloir à l'intention de transformer la nature même de ce bien et d'acquérir en retour des chances qu'elle abandonne, une sorte de sécurité relative que jusqu'alors elle n'a pas recherchée? C'est se montrer à son insu et peut-être à ses dépens, un peu trop soucieux de ses propres intérêts. La vérité est qu'on n'eût pas songé à ces avantages, peut-être fort imaginaires, s'ils n'avaient dû servir de relief et d'explication en faveur d'un système traditionnel que l'on acceptait d'avance aveuglément sous l'influence de Pothier.

335. — C'est donc à peu près uniquement, la théorie de ce jurisconsulte que nous devons examiner puisqu'elle a passé, dit-on, sans modification aucune dans le Code civil. Or malgré les termes explicites qu'il emploie, nous ne serions pas éloigné de faire quelques réserves sur la portée que l'on attribue à son système. Nous remarquons tout d'abord que Pothier, dans les deux passages cités, est avant tout préoccupé de la nécessité de conserver au mari ses pouvoirs de disposition sur les propres mobiliers de la femme et c'est uniquement afin d'expliquer ces larges pouvoirs qu'il fait intervenir l'idée de la mise en communauté de tous les biens mobiliers apportés par elle, sauf la créance en reprise de ceux qu'elle aura stipulés propres : or nous savons que ces deux solutions ne sont nullement liées l'une à l'autre. Mais il est bon de citer Pothier lui-même. « Pour les immeubles, dit-il, il ne se confondent pas avec les biens de la communauté... Le conjoint à qui ils appartiennent, continue à en être propriétaire et en conséquence le mari ne peut aliéner ceux de la femme sans le consentement de cette dernière. — Il en est tout autrement des meubles réalisés » (1). Cette préoccupation est plus marquée encore dans le second passage qui se trouve inséré au traité même de la puissance du mari (2) et reproduit à peu près les mêmes expressions que celles que nous venons de citer. Ainsi la femme est propriétaire de ses immeubles, donc le mari ne peut en disposer à son gré ; il doit au contraire avoir la libre disposition des meubles, donc la femme n'en est plus propriétaire ; telle est la marche du raisonnement ;

1. Com. n° 325.
2. N° 88.

Digitized by Google

et si nous cherchons le motif même de cette préoccupation marquée et l'intérêt supérieur qui fait que Pothier se montre si désireux de conserver au mari ses pouvoirs les plus étendus, nous le trouvons dans cette règle bien simple que le mari, en tant que chef de la communauté et usufruitier des biens de la femme, doit avoir tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de son droit de jouissance. Or pour les meubles réalisés l'exercice de ce droit a paru incompatible avec le droit de propriété réservé à la femme ; l'usage que l'on peut faire des meubles est d'ordinaire de pouvoir s'en servir et en disposer à son gré ; les conserver, c'est s'obliger à garder une valeur stérile et improductive ; il a donc bien fallu que le mari en devînt le maître absolu. Pothier n'a pas envisagé la question à un autre point de vue. « Les meubles réalisés étant les choses qui se consomment même par l'usage qu'on en fait, ou du moins qui s'altèrent et deviennent de nulle valeur par un long usage, pour que la communauté en puisse avoir la jouissance et en même temps pour conserver au conjoint qui les a réalisés, quelque chose qui lui tienne lieu de son droit de propriétaire, il a été nécessaire d'abandonner à la communauté ces meubles ainsi réalisés... Ceci est conforme aux principes du droit sur le quasi-usufruit. » Ainsi le droit supérieur de la communauté prime celui du conjoint propriétaire, mais cela dans le cas seulement où la coexistence des deux droits paraît incompatible : Pothier ne dit pas autre chose. Cette atteinte au droit de propriété n'est alors que l'application même des principes du droit commun en matière d'usufruit ; or en la réduisant à ces termes nous l'admettons aussi pleinement que Pothier lui-même ; et si nous avions à nous occuper des meubles en général, nous pourrions, en nous appuyant par analogie sur l'article 1851, tracer plusieurs classes de meubles rentrant dans la catégorie seule visée par ce jurisconsulte. Mais il en est une au moins, rare peut-être à l'époque de Pothier où l'on connaissait surtout les billets en blanc et les titres au porteur, mais qui est fréquente à la nôtre et qui n'impose plus ce sacrifice des droits du propriétaire, ce sont les créances et titres nominatifs. Nous n'avons plus à reproduire les raisons que leur rendent inapplicables les motifs invoqués par Pothier ; nous avons maintes fois parlé de leur aptitude à produire des revenus périodiques sans diminution du capital, de leur individualité propre qui les rend assimilables aux biens immobiliers et les a toujours soustraits aux règles du quasi-usufruit : sur eux le droit de jouissance peut s'exercer sans qu'il soit nécessaire d'en enlever la nu-propriété au titulaire. Le droit du propriétaire peut donc subsister à côté du droit de l'usufruitier et dès lors le sacrifice qu'exigeait Pothier n'est plus nécessaire. Eût-il même été réclamé par lui ? C'est ce dont il est permis de douter. Il prétend se référer aux règles du quasi-usufruit ; ailleurs il fait de la transformation des droits de propriété

Digitized by Google

de la femme la conséquence forcée des larges pouvoirs du mari ; or cette conclusion n'est obligatoire que s'il s'agit de meubles corporels ; pour les autres le mari peut en jouir et même au besoin en disposer, si l'on admet que son pouvoir d'administration aille jusque-là, sans qu'il soit pour cela nécessaire que la femme ait perdu son droit de propriété ; il est donc invraisemblable qu'un jurisconsulte comme Pothier ait entendu donner comme générale une conclusion qui dans ses termes ne s'applique vraiment qu'à une seule catégorie de meubles ; et si l'on remarque que cette catégorie a été de nouveau précisée par lui, lorsqu'il renvoie aux règles du quasi-usufruit, on devra convenir que Pothier a formellement donné au mari la propriété des meubles corporels, de ceux tout au moins qui se consomment par l'usage, ou qui dépérissent avec le temps et qu'*a contrario* il a laissé à la femme la propriété certaine des meubles incorporels qu'elle a réalisés. Ceci n'est peut-être qu'une induction, nous l'appuierons sur d'autres passages de Pothier lui-même. Mais avant il est nécessaire de montrer que cette vérité de bon sens et de logique était acceptée en ancien droit par tous les auteurs ; nous serons plus fort ensuite pour prouver que Pothier n'a pas entendu faire exception.

336. — Bourjon ne laisse en effet aucun doute sur ce point. Après avoir posé le principe que tous les meubles de la femme tombent dans la communauté et sous le pouvoir du mari, même ceux stipulés propres, il fait ses réserves pour le cas, à son avis assez rare, « où cette stipulation *tomberait à plomb sur la chose même et sur la réalité d'icelle* (1) ». C'est qu'en général la réalisation n'était guère conçue que d'une façon vague et comme portant sur une fraction du mobilier exprimée seulement par une valeur abstraite ; ou, si les meubles qui en étaient l'objet avaient été nettement précisés il s'y joignait un inventaire avec estimation lequel révélait suffisamment, de la part du conjoint propriétaire, l'intention de substituer à son droit réel une simple créance en reprise de la valeur portée à l'inventaire. Cela peut se présenter encore aujourd'hui ; cette clause de réalisation indéterminée a même été prévue par le code (2), et au cas de réalisation portant sur des meubles nettement individualisés nous ne serions pas éloignés d'attribuer à l'existence d'un inventaire suivi d'estimation l'effet de transformer le droit du conjoint en une simple créance, d'après les termes de l'article. 1851 lui-même. Mais le cas contraire pouvait également se présenter en ancien droit de même qu'aujourd'hui, et Bourjon insiste à ce sujet d'une façon spéciale : « Si les effets mobiliers étant stipulés propres n'ont pas été estimés, ce qui serait singulier, en ce cas le mari relativement à des tiers en dispose valablement, parce

1. T. X, p. IV, ch. II, sect. 2. n° 8 et 9.
2. Art. 1503.

Digitized by Google

qu'en fait de meubles possession vaut titre (1). » Qu'est-ce à dire, sinon que le mari n'en est pas devenu propriétaire, puisque pour consolider les droits qu'ils tiennent de lui, les tiers acquéreurs sont obligés de se retrancher derrière une règle de prescription? Si au lieu d'en avoir disposé le mari avait conservé le meuble en nature, la règle « en fait de meuble possession vaut titre » ne trouvant plus son application, la femme reprendrait le meuble dans son état actuel et en nature, comme s'il s'agissait d'un propre immobilier. Elle en serait donc restée propriétaire ; cette conclusion est implicitement, indirectement reconnue par tous les auteurs qui se contentent seulement d'en tirer les conséquences ou d'en faire l'application, tellement le principe est certain. C'est ce que fait Renusson par exemple pour le cas où un office aurait été stipulé propre sans estimation ; et ce qui est plus remarquable il étend la même décision au cas où ce fût un troupeau qui eut été l'objet de la clause de réalisation : « Sil n'y a point d'estimation ni de nombre de têtes déterminé et qu'il soit parlé dans le contrat de mariage, purement et simplement, d'un troupeau de moutons stipulé propre, ce sera le troupeau en soi, *tel et en l'état qu'il se trouvera*, qui sera propre (2). « Enfin, comme nous l'avons annoncé, c'est Pothier lui-même qui laisse entrevoir que tel serait son avis s'il s'agissait de tout autre meuble que de ceux dont la nature périssable exige, pour la sauvegarde des droits du mari usufruitier et chef de la communauté, l'abandon du droit de propriété de la femme. Nous en trouvons la preuve dans une espèce citée par lui non loin du passage sur lequel on a bâti le système trop absolu qu'on lui prête. Supposant qu'un billet de loterie appartenait au conjoint le jour du mariage, et qu'il vînt à sortir pendant la durée de la communauté, il donne en principe au conjoint propriétaire du billet la reprise du lot gagné, à moins, dit-il, que le billet n'ait été estimé au jour du contrat de mariage pour sa valeur aléatoire à cette époque, auquel cas, quel que soit le lot gagné, et même n'en eût-il rapporté aucun, le conjoint n'a droit qu'à l'estimation qui avait été faite du billet lui appartenant (3). C'est donc qu'en ce dernier cas il avait abandonné son droit de propriété pour un droit de créance fixe et déterminé ; il avait sacrifié ses chances de gain en même temps qu'il échappait aux chances de perte. Dans le premier cas au contraire, le conjoint qui a fait la stipulation de propres n'a droit à aucune reprise si le billet n'est pas sorti, mais prélèvera au cas de gain, toute la valeur du lot acquis par la communauté ; c'est donc qu'il avait lui-même conservé les risques ; et si la communauté venait à se dissoudre avant que la loterie ne fût tirée il serait indubitable qu'il retirerait

1. Bourjon, *loc. cit.*
2. Renusson. Des propres, ch. VI, § 3, n° 10 et 11.
3. Traité de la com. n° 320.

Digitized by Google

son billet en nature; il en est donc resté propriétaire. Pothier applique le même exemple au cas de créance conditionnelle; il est certain que si cette dernière devenait la propriété pure et simple de la communauté, la femme aurait droit à tout évènement à la somme représentative de la valeur vraie que pouvait avoir son titre au jour du mariage; elle n'aurait pas à souffrir de l'insolvabilité inattendue de son débiteur, ni à profiter du retour ou de l'augmentation de son crédit; pas plus qu'elle n'aurait droit de reprendre sa créance en nature au cas où la communauté se dissoudrait avant que la condition se fût réalisée; or Pothier donne ou laisse entendre toutes solutions contraires à celles-ci (1).

Dans un autre passage, supposant des produits qui en leur qualité de produits exceptionnels, doivent rester propres à la femme, Pothier accorde à celui-ci le droit de les reprendre en nature au jour de la dissolution de la communauté. Si donc, nous voulions généraliser en cette matière la théorie de l'ancien droit, nous arriverions à cette conclusion que toutes les fois que le meuble par sa nature ne peut se prêter aux droits de jouissance exceptionnels du mari chef de la communauté qu'à la condition de devenir sa propriété, il est un propre imparfait; mais quant au contraire le droit du mari peut s'accorder avec le droit de propriété de la femme, et qu'il n'y a pas eu estimation susceptible de faire supposer chez cette dernière l'intention de réduire son droit sur la chose à une simple créance en reprise, le meuble en ce cas reste bien un propre parfait dans le sens absolu du mot; et aujourd'hui encore nous admettons volontiers cette distinction, et ne prétendons pas autre chose.

337. — S'il en est ainsi, nous ne voyons plus de difficultés à reconnaître que les rédacteurs du Code civil ont entendu admettre et continuer la tradition ancienne. Et son texte suffit à le confirmer. En effet, l'article 1498 indiquant au cas de communauté d'acquêts que les époux *prélèveront d'abord leurs apports mobiliers*, se sert des mêmes expressions que celles appliquées par l'article 1470 aux prélèvements en nature des propres immobiliers; c'est donc en principe que le droit du conjoint est de même nature sur les uns comme sur les autres. Dans ce dernier article lui-même, le Code admet cette reprise en nature d'une façon large et absolue, s'appliquant à tous les biens restés propres aux époux, qu'ils soient meubles ou immeubles; et l'article 560 du Code comm. restreignant la question aux meubles, parle en propres termes de la reprise en nature du mobilier apporté par la femme; toutes expressions qui supposent la permanence de son droit de propriété. L'article 1428 qui donne au mari l'exercice des actions mobilières, suppose

1. Pothier, *eod. loc.* n° 96.

Digitized by Google

bien aussi que les meubles auxquels elles se rapportent sont restés la propriété de la femme, sinon cette concession n'aurait plus aucun sens. Un seul texte semblerait au premier abord infirmer cette théorie, et rompre cet accord, c'est l'article 1503, lequel parle d'une reprise en valeur. Mais cet article se réfère uniquement à l'une des clauses spéciales auxquelles nous avons déjà fait allusion et dans lesquelles la réalisation n'est plus absolue ; il vient à la suite de l'article 1500 qui suppose que l'un des époux s'est réservé une fraction de son mobilier considéré seulement dans sa valeur abstraite. « Les époux peuvent avoir stipulé, dit l'article 1500, qu'ils mettront *du mobilier* dans la communauté jusqu'*à concurrence d'une somme* ou d'une valeur déterminée, ils sont par cela seul censés se réserver le surplus. » Si la femme par exemple a pour 100,000 fr. de mobilier et qu'elle déclare en mettre la moitié en communauté, cela signifie seulement qu'elle se réserve le droit de reprendre 50,000 fr. sur les meubles qu'elle apporte au mari ; mais son droit, par cela seul qu'il ne porte sur aucun objet déterminé, n'est autre chose qu'un droit de créance qui ne fait pas obstacle à ce que, selon le droit commun de l'article 1401, tout le mobilier de la femme ne tombe en communauté. Cela se rapproche fort de ces stipulations propres accompagnées d'estimation auxquelles Bourjon faisait allusion dans le passage cité plus haut. Dès lors l'article 1503 a raison d'ajouter que la femme retirera la valeur de ce dont le mobilier total par elle a apporté excédait la somme qu'elle avait déclaré abandonner sans réserve, et sans aucun droit à récompense, à la communauté. Cette décision spéciale, par le soin même que le Code a pris de la préciser, ne peut que nous confirmer dans ce principe qu'en dehors des cas visés par l'article 1503, et toutes les fois que la stipulation frappe déterminément sur les objets mobiliers nettement spécialisés, qu'elle tombe à plomb sur la chose même, suivant la forte et pittoresque expression de Bourjon, le droit de la femme subsiste et sa reprise s'exerce en nature et non plus en valeur : l'exception indiquée pour un cas spécial nous révèle la règle (1). Le droit moderne pas plus que le droit ancien n'a pu commettre ce contre sens, ni trahir ainsi l'intention clairement manifestée des parties. Cette intention sera donc respectée toutes les fois qu'elle pourra l'être sans nuire aux larges droits de jouissance du mari, et c'est ce qui se présente incontestablement pour toutes les valeurs mobilières (2).

338. — C'est alors que se présente dans toute son ampleur notre seconde

1. Cf. Colmet de Santerre, t. VI, n° 163 bis, III.

2. Cf. M. Gauthier en note sous l'arrêt de Cass. du 16 juill. 1856. J. du palais 1856, p. 337, D. 56, 1, 281 et la note. Cass. 25 fév. 1852, D. 52, 1, 93. Req. 2 juill. 1840. D. 40, 1, 241. *Contra*, Paris, 21 janv., 15 avril, 11 mai 1837, D. 37, 2, 163. Troplong, Cont. de Mar. n° 1936 et suivants.

Digitized by Google

question que supprimait le système que nous avons combattu : si les valeurs mobilières, qui ne sont pas tombées en communauté, restent la propriété de la femme, le mari puise-t-il dans ses pouvoirs d'administration le droit d'en disposer sans le consentement de cette dernière ? Nous savons déjà que les auteurs qui admettent l'affirmative sur ce point n'ont pas supprimé par là l'intérêt réel qu'il y a de savoir si la femme conserve ou non la propriété de ses propres mobiliers ; il subsiste encore au point de vue des risques et à celui des rapports de la femme avec les créanciers communs. Nous avons vu également en traitant des préliminaires de cette question qu'il s'agit ici uniquement d'interpréter le mandat tacite par lequel la femme est censée avoir remis aux mains du mari l'administration de ses biens.

MM. Aubry et Rau l'interprètent de la façon la plus large, par cette raison que ce mandat doit répondre aux larges pouvoirs que le mari doit avoir comme chef de la communauté. Assurément cette extension de pouvoirs n'est pas considérée comme indispensable et nécessaire au maintien de l'autorité que la loi a voulu assurer au mari, puisqu'il lui est permis d'y renoncer par convention expresse au contrat de mariage ; mais du moins est-elle dans le vœu de la loi et dans les tendances qu'elle a si souvent manifestées de concentrer en une seule main la direction des intérêts pécuniaires des époux. Cette extension doit être au moins le droit commun ; et la restriction, l'exception. S'il en est ainsi, il faut interpréter le mot administration dans son sens le plus large, et, comme il arrive parfois qu'il peut comprendre comme au cas de l'article 1449 même l'aliénation de tout le mobilier, c'est là que nous devrons aller chercher nos analogies ; l'administration que reprend la femme séparée c'est celle qui avant appartenait de plein droit au mari ; c'est ce que dit l'article 1449 en termes formels ; il n'investit pas la femme d'une administration basée sur des éléments nouveaux, mais lui restitue l'administration qu'elle avait concédée ; le mandat rompu, le mandant reprend exactement les pouvoirs dont il s'était démis en faveur du mandataire ; or, ces pouvoirs quels étaient-ils ? L'article 1449 nous l'indique, ils donnent droit d'aliéner le mobilier ; tels ils reviennent à la femme, tels ils appartenaient au mari ; donc celui-ci pouvait disposer des propres mobiliers dont il avait l'administration. D'ailleurs les intérêts de la pratique l'exigeaient aussi. Cette idée du maintien intgéral des droits du mari avait constamment préoccupé les jurisconsultes anciens ; elle avait dominé leur esprit à ce point que pour supprimer tous les doutes à cet égard ils avaient regardé comme nécessaire la confusion précédemment repoussée entre la situation des propres mobiliers et celle des meubles tombés en communauté. En cela ils se trompaient ; les meubles, certains du moins, peuvent rester la propriété de la femme et le mari, peut encore, comme chef de la commu-

Digitized by Google

nauté, garder sur eux ses larges pouvoirs d'administrateur ; mais du moins les motifs supérieurs qui inspiraient la solution assurément exagérée que donnait Pothier, ont conservé toute leur énergie. Sans parler de tous ces meubles corporels dont le mari ne peut user pleinement qu'à la condition de pouvoir en disposer librement, et au sujet desquels la doctrine moderne a dû accepter, comme Pothier lui-même, la notion de propres imparfaits, est-il donc vrai de dire que pour les meubles incorporels eux-mêmes, il ne soit pas dans l'intérêt du mari, et souvent de la femme, qu'ils puissent être aliénés sans entrave par celui à qui en sont dus les revenus ? On doit reconnaître tout d'abord que la femme trouve des garanties suffisantes dans l'intérêt primordial du mari qui, appelé à toucher les revenus, ne s'exposera pas à aliéner inconsidérément une bonne valeur qui présage de sérieux dividendes. Au contraire les droits du mari, chef de la communauté, risqueraient fort d'être atteints par le concours obligé de la femme à la vente. Celle-ci ne recueillant pas les intérêts annuels et pouvant n'en pas profiter directement, n'a pas au même degré souci d'échanger une valeur peu productive contre une autre qui le serait davantage. Elle peut se baser pour la conservation d'un titre précaire sur de simples sentiments d'intérêt personnel, ou des souvenirs de famille, à coup sûr respectables, mais dont l'influence ne saurait prévaloir sur le droit incontestable, qui appartient au mari dans l'intérêt commun, de retirer tout le rendement possible des biens dont la gestion lui a été confiée. La femme par exemple peut avoir un intérêt dans une société où son père, un frère est engagé ; la société est en péril, ses affaires périclitent ; mais un sentiment d'affection légitime, de solidarité familiale, peut-être de simples illusions entretenues par les siens qui s'y trouvent intéressés, l'empêchent de retirer ses capitaux, de céder son titre, de dégager sa responsabilité ; est-ce une raison suffisante pour que le mari, chef du ménage et protecteur avant tout des intérêts de ses enfants, doive s'attarder à d'aussi dangereuses considérations ? Ainsi donc la plupart des valeurs mobilières sont sujettes à de telles variations, il y a pour celui qui doit en toucher les revenus un intérêt si grand à leur négociation prompte et non entravée, qu'il devenait impossible de les assimiler aux immeubles. Quand il s'agit d'aliéner ceux-ci, il ne peut être question que d'une affaire plus ou moins bonne à faire, et non d'une ruine à éviter ; dès lors la considération de la femme propriétaire doit l'emporter ; pour l'aliénation des valeurs il s'agit souvent d'une question d'existence même du droit à aliéner, de tout ou rien ; qui devait en être juge ? La femme qui ne touche actuellement aucun revenu, et ne représente que son intérêt personnel, ou le mari, le représentant de la famille entière et le seul actuellement intéressé ? La réponse, pour MM. Aubry et Rau, ne pouvait être douteuse. Ils s'appuient non-seulement sur

Digitized by Google

des considérations, qui, si puissantes soient-elles, sont toujours insuffisantes à forcer l'interprétation exacte d'une loi, mais sur les articles les plus formels du Code civil.

339. — Non-seulement l'article 1428, celui qui énumère les pouvoirs du mari administrateur, usant d'un procédé de rédaction habituel aux rédacteurs du Code, se contente de lui interdire l'aliénation des immeubles, sans prononcer relativement aux meubles aucune prohibition semblable; mais il indique, pour chacune de ces deux catégories de biens, les conséquences immédiates des pouvoirs qui peuvent appartenir au mari en fait d'aliénation. La première partie de l'article 1428 traitant des actions judiciaires, donne au mari le pouvoir d'agir au possessoire quelle que soit la nature du bien et au pétitoire en matière mobilière seulement; or personne n'hésite à conclure par un argument *a contrario* qu'il n'a pas l'exercice au fond des actions immobilières. C'est d'ailleurs la seule indication qui ait trait à l'administration des meubles; c'est que pour ceux-ci cette notion comprenait par elle-même les pouvoirs les plus étendus et qu'il n'était besoin d'insister que sur les actes qui, comme les actions pétitoires, devaient être restreints aux seuls biens mobiliers et ne pouvaient s'étendre aux immeubles; puis passant aux aliénations, l'article 1428, encore dominé par la pensée des larges pouvoirs qui appartiennent au mari sur la fortune mobilière, sent le besoin de procéder par une sorte de contraste, par voie d'interdiction : le mari, dit-il, ne peut aliéner les immeubles. Pourquoi donc en ce dernier cas l'argument *a contrario* ne serait-il plus admis par ceux qui s'en contentent dans le premier? La pensée de l'article est bien simple; pour les meubles le mari peut agir en revendication, pourquoi? C'est qu'il peut lui-même les aliéner. Pour les immeubles, il n'a plus l'action pétitoire, c'est que l'aliénation lui en est interdite. Ainsi donc plus formel en cela que tous les textes similaires, l'article 1428 pose bien nettement les situations et ne s'attache en propres termes qu'aux différences qui les caractérisent, aux décisions qui ne sauraient être communes aux deux natures de biens : pour les meubles, exercice des actions même pétitoires, donc il n'en est plus de même en fait d'immeubles; pour ceux-ci prohibition d'aliéner, donc liberté sur ce point en matière mobilière. Si d'ailleurs nous poursuivons ce parallélisme ou plutôt cette opposition, nous verrons que certainement le mari peut poursuivre le remboursement d'une créance de la femme, il peut l'accepter et même le faire suivre de subrogation; or qu'est-ce donc que cet acte sinon quelque chose d'analogue à la cession elle-même? C'est ainsi que le caractère exceptionnellement étendu du mandat tacite concédé par la femme permet à MM. Aubry et Rau de le soustraire à l'application de l'article 1988; que l'analogie de l'article 1449 confirme cette dérogation, en indiquant

Digitized by Google

quels étaient sur le mobilier les larges pouvoirs appartenant au mari ; et que le silence de l'article 1428 en matière d'aliénation de meubles, appuie cette théorie et lui donne en quelque sorte sa consécration suprême.

340. — Quant à nous qui, d'après les principes généraux de la matière, sommes convaincu que la règle fondamentale de l'article 1988 doit recevoir son application en ce cas plus qu'en tout autre, nous avons à écarter seulement les textes qu'on nous oppose ; il nous restera ensuite à faire justice des considérations que l'on invoque. A notre avis et en premier lieu, rien n'est plus faux que de s'appuyer sur la situation juridique de la femme séparée pour rechercher quels sont les pouvoirs du mari tant que dure la communauté. La question est en effet bien différente ; l'article 1449 traite de la femme propriétaire, gérant sa propre fortune et il se demande jusqu'à quelle limite elle pourra exercer les droits qui lui appartiennent comme telle, sans porter atteinte à la puissance du mari, en un mot quels sont les actes qu'elle pourra accomplir sans demander son autorisation.

De droit commun, et même quand elle s'est réservé l'administration de ses biens, ces actes, en matière purement conservatoire, sont presque tous ceux nécessaires à sa gestion (art. 217) ; mais au cas de séparation, quand les liens de la puissance maritale sont devenus moins étroits, que le mari lui-même est devenu suspect, la loi ne lui réserve plus le droit d'autorisation que pour les actes les plus considérables, ceux qui ne supposent jamais qu'il y ait péril en la demeure, et dont l'accomplissement peut être au moins retardé sans danger, les aliénations d'immeubles. Ainsi ce n'est pas à l'article 1428 que l'article 1449 se réfère et prétend faire exception, mais à l'article 217. L'administration que reprend la femme n'est pas celle qui appartenait au mari durant la communauté ; car cette administration pouvait avoir été modifiée, étendue ou restreinte, par les conventions matrimoniales ; l'article 1449 n'a plus à s'en préoccuper ; mais c'est au contraire l'administration autrefois entravée par l'article 217 et qui désormais pourra être exercée librement : la femme reprend la libre administration. La femme commune pouvait s'être réservé la gestion d'une partie de ses biens, de son patrimoine mobilier par exemple, son administration n'en était pas moins soumise à l'autorisation maritale ; désormais elle en est affranchie, voilà tout ce que veut dire l'article 1449. Il traite d'une question de capacité ; l'article 1428 statue sur une question de pouvoirs, ce qui est bien différent. Celui-ci cherche l'étendue d'un mandat tacite conféré au mari, et il trace les limites des droits qui lui appartiennent sur le bien d'autrui. Le procédé d'interprétation sera donc bien différent ; quand il s'agit de restriction à la capacité du propriétaire, on doit dire que tout ce qui ne sera pas défendu sera permis ;

Digitized by Google

quand il s'agit d'empiétement sur le droit du propriétaire, il faut dire que tout ce qui n'aura pas été permis sera défendu. Cette simple observation suffit à nous mettre en garde dès le principe contre l'argument *a contrario* que l'on prétend légitimement tirer de l'article 1428.

C'est d'ailleurs une analogie factice que celle que l'on voudrait établir entre le droit à l'exercice des actions et celui de disposition; ces deux prérogatives sont si peu le corollaire l'une de l'autre que le Code a par deux fois formellement admis l'une sans l'autre ou dans des conditions différentes l'une de l'autre, l'assimilation absolue a été écartée à propos du mineur émancipé (art. 482); elle l'a été encore à propos de la femme dotale dans le sens même que nous indiquons en matière de communauté. Le mari peut donc avoir le droit de revendiquer un bien et non celui de l'aliéner, on comprend en raison qu'il y ait entre les deux pouvoirs une différence profonde. Plus grande encore est celle qui sépare le droit du recouvrement des créances de celui d'en faire cession; entre les deux le Code et la logique ont constamment indiqué un abîme; MM. Aubry et Rau sont de ceux qui en toute matière ont essayé trop facilement de le franchir.

341. — Reste donc un seul argument de texte, celui que nous avons vu se reproduire à propos de chacun des articles du Code, relatifs à l'administration du bien d'autrui: le silence gardé au sujet de l'aliénation du mobilier. Celle des immeubles est défendue, celle des meubles est donc permise (art. 1428). Cela revient à dire : tout ce qui n'est pas défendu directement est permis; or nous savons que cet adage en pareille matière ne saurait être admis qu'avec cette restriction : est permis, à moins qu'il ne s'agisse de consacrer une violation directe des droits du propriétaire. Ce qui est le cas pour l'acte qui nous occupe. Nous sommes loin de dire que l'attention de l'article 1428 n'ait pas été portée sur la situation des meubles dont la femme a gardé la propriété; le paragraphe premier en traitant des actions qui s'y rapportent prouve suffisamment le contraire. Mais ce qui est vrai, pour ce texte comme pour tous les autres similaires, c'est qu'il ne pouvait sans entrer dans des distinctions délicates, qui doivent plutôt rester parmi les matières de fait réservées à l'appréciation des tribunaux, traiter *ex professo* de l'aliénation des meubles. Il parle de celle des immeubles, car la règle qu'il pose ne souffrira aucune exception; quant au mobilier, il lui suffit de s'en référer au droit commun en matière de mandat général et aux conséquences naturelles dérivant de la notion qu'il a indiquée lui-même en appelant le mari administrateur du bien d'autrui. Son silence que l'on interprète au profit de la plus complète extension de pouvoirs sur les meubles quels qu'ils soient, n'est autre que la reconnaissance fort légitime de la généralité d'application dont est susceptible l'article 1988. Puisqu'il s'agit d'un mandat conven-

Digitized by Google

tionnel tacite, ne convient-il pas de l'interpréter, en dehors des exceptions écrites dans la loi, par la règle fondamentale de la matière; l'article 1428 signale une exception relativement aux actions mobilières, c'est la part exacte qui doit être faite au caractère nécessairement plus large d'administration du mari ; en ajoute-t-il une seconde en ce qui regarde l'aliénation des meubles incorporels? Assurément non ; c'est donc que cette dernière reste sous l'empire de la règle générale et qu'il suffit de se demander si pour le mari, comme pour tout autre mandataire, cet acte ne reste pas un acte de propriété souveraine, dont l'accomplissement exige dans tous les cas le consentement du mandant propriétaire.

A s'en tenir aux textes du Code, la discussion se trouve réduite aux termes les plus simples. Reste à savoir si la situation spéciale du mari comme chef de l'association conjugale et les pouvoirs qu'il doit avoir comme tel, ont pu modifier le caractère du mandat tacite qui lui a été conféré et faire échec à la règle écrite dans l'article 1988. On semble faire à ce sujet une confusion étrange. Ou bien le mari, dirons-nous, doit avoir comme chef de la communauté les pouvoirs les plus étendus sur les biens de la femme, et dès lors ils sont indispensables à son autorité, et nous ne pouvons admettre qu'aucune convention puisse les restreindre ; à ce prix nous convenons volontiers qu'il n'y a plus à tenir compte de l'article 1988 ; ou bien il est légalement permis, par conventions portées au contrat de mariage, d'enlever au mari pour le conserver à la femme l'exercice même des actes d'administration les plus simples, et nous ne pouvons plus concevoir comment aucun acte de ce genre, si important soit-il, puisse être déclaré nécessaire au développement légitime qui est dû aux droits de la communauté et aux libres franchises qui appartiennent à son chef. Assurément la loi tend à concentrer entre des mains uniques l'administration des trois patrimoines de fait confondus en un seul ; il y a à cela des avantages de simplicité, de bonne organisation et d'unité de direction ; on peut dire même que c'est en vue d'assurer ces divers résultats que la loi n'a pas craint de supposer l'abdication de la part de la femme propriétaire d'une partie de ses droits. Mais cette absolue confusion des patrimoines, comme cette unité de pouvoirs ne sont admises et désirables que dans la mesure où elles sont nécessaires et dans les limites où elles ne sont pas dangereuses ; or cela n'est nécessaire que pour ce qui est de l'administration courante qui ne doit pas être entravée dans les mains du mari ; et cela devient dangereux, quand cette administration n'a plus en vue seulement la jouissance des biens de la femme, mais peut compromettre le capital même qui lui appartient. On dit que la femme désintéressée de la jouissance immédiate, pourra s'opposer, pour des raisons de sentiment peut-être futiles, à l'aliénation d'un droit menacé ou

Digitized by Google

improductif; ne pouvons-nous pas répondre que le mari intéressé à la jouissance seulement, pourra être tenté d'abandonner un titre sûr, mais d'un revenu modeste, pour lui substituer quelqu'une de ces actions retentissantes qui attirent le public et surtout les usufruitiers par leurs forts dividendes, qui peuvent fournir provisoirement un revenu alléchant, et finissent tôt ou tard par tomber à néant et ruiner le détenteur du capital, dans notre hypothèse, la femme nue-propriétaire? Pourquoi devant de semblables tentations laisser la femme à la discrétion du mari? S'il y a désaccord entre eux, c'est à coup sûr l'intérêt du propriétaire qui doit l'emporter; et si la concorde subsiste, il y a ni danger, ni inconvénient, en exigeant le consentement des deux intéressés, à appliquer un principe de droit commun qui est en même temps un gage de bonne harmonie et un hommage rendu à l'union des époux, puisqu'il suppose leur concours et leur approbation réciproques. Ainsi donc les considérations invoquées n'ont pas démontré que l'intérêt du mari ou de la communauté pût exiger cette violation des droits de la femme propriétaire, aucun texte ne fait supposer que cette atteinte si grave en elle-même ait été consacrée par le Code; et dès lors n'ayant plus d'autre ressource que de nous appuyer sur les principes généraux, nous devons reconnaître d'une part que les droits ordinaires de l'usufruitier ne sauraient aller jusqu'à lui permettre l'aliénation des valeurs nominatives dont il a la jouissance, et de l'autre que, la règle générale de l'article 1988 subsistant tout entière, elle refuse à tout mandataire, qui n'a pas reçu de la loi ou du mandant pouvoir exprès à cet effet, le droit d'accomplir les actes de propriété, et parmi eux les cessions de titres ou valeurs mobilières, lesquelles ont incontestablement ce caractère.

342. — Cette opinion a fini d'ailleurs par triompher définitivement en jurisprudence, au moins en ce qui concerne les meubles incorporels stipulés propres à la femme (1). Cet accord unanime des cours et tribunaux est d'autant plus remarquable qu'il a pour but de consacrer ici en matière de communauté une solution absolument contraire à celle admise sur une question analogue au cas de régime dotal; sous ce dernier régime, en effet, la Cour de cassation n'hésite pas à reconnaître au mari le pouvoir absolu d'aliéner les créances dotales de la femme. Cependant même en matière de communauté, cette solution aujourd'hui indiscutée ne l'a pas emporté sans une longue suite d'incertitudes et d'efforts. Ces difficultés tenaient à une double confusion; la première renouvelée de l'ancien droit consistait à faire dépen-

1. Paris, 15 avril 1839. Sir. 40, 2, 212. Req. rej. 2, juil. 1840, Sir. 40, 1, 887. Paris 3, janv. 1852. Sir. 52, 2, 133. Req. 5 nov. 1860. Sir. 61, 1, 49. Req. rej. 4 août 1862. Sir. 62, 1, 935, Paris 21 fév. 1868, D. 60, 2, 49.

Digitized by Google

dre les pouvoirs d'aliénation du mari sur les meubles réalisés de leur mise en communauté, et la seconde à croire qu'une solution unique devait s'imposer pour tous les cas de realisation ; de sorte que sans distinction il eût fallu appliquer à toutes les hypothèses l'article 1503, sauf à l'interpreter littéralement et à prétendre par suite que la femme n'était jamais créancière que d'une valeur ; ou si l'on reconnaissait encore le droit de propriété de la femme sur ses propres mobiliers, à l'interpréter dans un sens absolument restreint, et à prétendre qu'il visait le cas seulement où les meubles realisés n'existeraient plus en nature. Nous trouvons trace de cette dernière confusion dans quelques arrêts, notamment dans ceux de la Cour de Paris du 21 janvier et du 15 avril 1837 (1). Cependant on déblaya le terrain peu à peu ; on s'aperçut que la question des pouvoirs du mari n'était pas absolument liee à celle de la propriété des meubles de la femme ; que d'ailleurs il s'agissait d'une question d'interprétation de volonté et qu'il était fort inexact de donner ainsi une solution unique pour tous les cas de réalisation ; que par conséquent l'article 1503 devait être restreint à l'hypothèse speciale qu'il suppose ; et que pour tous les autres cas, la propriété de la femme étant mise hors de doute, la question des pouvoirs du mari mandataire devait se régler par les principes généraux de l'article 1988. C'est ainsi que pour les cas de réalisation expresse et de communauté d'acquêts, la jurisprudence semble définitivement fixee dans le sens que nous avons indiqué et n'hesite pas à dénier au mari le droit de vendre, sans le consentement de la femme, les valeurs mobilières restées propres à celle-ci.

543. — Nous avons tenu, pour discuter cette grave question des pouvoirs du mari sur les valeurs propres à sa femme à nous placer d'abord sur un terrain parfaitement solide et dans le cas où la question de propriété de ces valeurs pourrait nous sembler le plus indiscutable. C'est ainsi que nous avons réuni sous un même titre le cas de donation faite avec réserve expresse que les biens donnes resteraient propres au conjoint, celui de la communauté d'acquêts où d'après la loi elle-même tous les biens présents meubles ou immeubles, se trouvent individuellement et déterminément exclus de la communauté et enfin l'hypothèse de la réalisation expresse et absolue prévue par le premier paragraphe de l'article 1500. Dans tous ces cas la volonté des parties nous a semble formelle ; et nous nous sommes ainsi place dans la position la plus avantageuse pour rejeter et combattre l'opinion attribuée à Pothier. Mais nous avons déjà fait entrevoir que cette interprétation de volonté ne se présentait pas toujours dans des conditions d'évidence aussi manifestes, qu'en cette matière les parties étaient entièrement libres, qu'elles

1. Cf. D. V° Cont. de mar. n° 2701 en note. Rej. 2 juil. 1840. (D. V° cont. de mar. n° 2702). Req. 5 nov. 1860. D. 61, 1, 81.

Digitized by Google

pouvaient à leur gré substituer une créance de valeur à la propriété en nature, ou étendre le mandat tacite donné au mari ; qu'il pouvait donc arriver que certaines clauses, même parmi les plus usuelles, dussent présenter au point de vue de la double question que nous avons étudiée, de nouveaux aspects et des difficultés nouvelles. Nous étudierons spécialement le cas de remploi et la clause d'emploi ; nous présenterons quelques observations au sujet de la reprise d'apport franc et quitte ; puis nous examinerons avec quelque détail le cas de réalisation tacite ou de convention d'apport. Dans toutes ces hypothèses nous aurons soin de séparer les deux éléments de la question : 1° les valeurs réalisés sont-elles restées la propriété de la femme? et 2° quels sont les pouvoirs du mari sur ces valeurs supposées propres à la femme?

344. — *Remplois et emplois.* — Le remploi peut être examiné au point de vue actif et passif; au premier, il comprend le cas où des valeurs mobilières viendront prendre la place de propres de la femme régulièrement aliénés ; au second, il suppose que des valeurs aliénées doivent être elles-mêmes remplacés par d'autres biens, déterminés ou non, susceptibles de former des propres dans le patrimoine de la femme. Au premier sens et pris dans son acception la plus large et non absolument technique il nous présente une première hypothèse qui a donné lieu en jurisprudence à une distinction remarquable, fort intéressante du moins à l'époque où la Cour de Paris (1), tenant pour l'opinion de Pothier, ne reconnaissait pas aux meubles réalisés en vertu de clauses portées au contrat de mariage, le caractère de propres parfaits.

Nous devons poser à ce sujet quelques principes. Quand un immeuble de l'un des deux époux a été régulièrement aliéné, la loi se montre fort soucieuse d'assurer son remplacement par un bien qui ait même caractère et jouisse des mêmes conditions essentielles, en un mot de reconstituer le patrimoine d'où l'immeuble a été distrait tel qu'il était avant l'opération ; et cela, afin de conserver aux trois masses distinctes leurs éléments propres et leur constitution. Elle veut que chacun des époux garde les avantages spéciaux de la combinaison adoptée au jour du contrat de mariage, et ne permet pas qu'il puisse les abdiquer en faveur de la communauté on les augmenter au détriment de cette dernière; ainsi quand un immeuble de la femme, pour ne parler que de celle-ci, a été vendu, il arrive que le prix versé dans la communauté se trouve à la disposition du mari, et qu'au lieu d'un bien en nature sur lequel la femme avait un droit réel, opposable aux créanciers de la communauté et à ceux du mari, celle-ci n'a plus qu'une créance uniquement garantie par son hypothèque légale. Il y a donc eu modification des éléments constitutifs du patrimoine de la femme ; modification que la loi ne pouvait empê-

1. Arrêts de 1837, cités plus haut.

Digitized by Google

cher, puisque sous le régime de communauté aucun bien ne se trouve frappé d'inaliénabilité ; mais qu'elle tient du moins à atténuer et à effacer le plus complètement possible. L'article 1595 indique un premier moyen d'arriver à ce résultat ; on sait qu'en principe les ventes et dations en paiement sont prohibées entre époux ; or il est fait exception à cette interdiction pour le cas où une convention de ce genre aurait eu pour but de reconstituer le patrimoine de l'un des époux. Supposons donc qu'un propre ayant été aliéné, le mari cède à la femme, en échange de la créance du prix qu'elle a acquise contre la communauté, des valeurs mobilières destinées à tenir la place dans son patrimoine du propre aliéné. Ce n'est là qu'une dation en paiement permise entre époux par l'article 1595-2°. On aurait pu être tenté de soutenir que cette cession du mari à la femme ne pouvait avoir pour objet que des biens de la même espèce que ceux dont ils viennent prendre la place ; mais l'article 1595 par sa généralité laisse à cet égard la plus absolue liberté. Ce premier point acquis, la difficulté s'éleva seulement sur le sort du mobilier cédé à la femme. Les valeurs qui lui sont ainsi transférées lui sont-elle acquises en pleine propriété ; et quels seront à leur égard les pouvoirs du mari ? Dans l'espèce qui se présenta en 1837 devant la Cour de cassation, la cession avait eu pour objet du mobilier corporel ; la séparation de biens ayant ensuite été prononcée, les créanciers du mari avaient saisi les meubles cédés à la femme ; et, celle-ci, ayant fait opposition en vertu de son droit de propriété, ils n'avaient pas manqué de répliquer par la théorie de Pothier et Merlin qui était alors en pleine faveur auprès de la jurisprudence. C'était l'année même en effet où par un double arrêt la cour de Paris venait de décider que la femme ne conserverait en aucun cas la propriété des meubles qu'elle s'était réservés propres, et qu'elle n'acquerrait en échange qu'une créance de valeur. Comment donc supposer, disait-on, qu'elle pût avoir sur les meubles acquis au cours de la communauté plus de droit que sur ceux qu'elle apporte au jour du mariage et qu'elle déclare se réserver propres ? La vérité est que la femme ne peut avoir la propriété d'aucun meuble. C'est la fausseté de cette assertion que l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1837 (1) a tenu à mettre en lumière ; il est intéressant à ce point de vue surtout qu'il éclaire et détermine exactement la portée de la jurisprudence de cette époque sur la nature des propres mobiliers. Assurément elle n'entendait pas poser en principe que la femme ne pût, ne dût en aucun cas prétendre à la propriété en nature d'aucun de ses propres mobiliers ; admettre une telle doctrine eût été l'ériger en principe d'ordre public et la déclarer nécessaire au maintien de l'autorité maritale ; ce qui eût été éminemment erroné. Ainsi donc la jurisprudence en appliquant l'opinion de Pothier, entendait faire uniquement

1. D. 37, 1 273.

Digitized by Google

œuvre d'interprétation de volonté ; elle supposait que la femme en donnant à son mari mandat d'administrer sa fortune, avait entendu lui transmettre non-seulement la pleine disposition de tous ses meubles, mais abdiquer même en sa faveur tout droit à leur égard, sauf à rester créancière de leur valeur. Or comme cette interprétation, au cas de l'article 1595-2°, eût été contradictoire, la Cour de cassation n'hésita pas à déclarer que la femme était bien devenue propriétaire de chacun des objets *in specie* que le mari lui avait cédés en remploi de ses propres aliénés et que son opposition à la saisie des créanciers était juste et fondée. En cela elle avait pleinement raison. Car la femme acceptant du mobilier en échange des deniers qui lui étaient dus, justifiait suffisamment de son intention d'échapper à la situation précaire qu'elle avait comme simple créancière ; si elle se contentait de meubles corporels, c'était certainement pour les avoir en propre, et non pour qu'ils redevinssent immédiatement la propriété de la communauté qui les lui remettait, et qu'elle restât elle-même après comme avant simple créancière d'une valeur.

De plus, cette solution était la seule qui pût satisfaire au vœu de la loi de voir se reconstituer le patrimoine des époux dans sa forme élémentaire (1). On voit donc que même à l'époque où la jurisprudence généralisait outre mesure, exagérait même la doctrine de Pothier en refusant à la femme tout droit de propriété sur les meubles réalisés, elle admettait encore que celle-ci pût en certains cas être propriétaire d'objets mobiliers ; cela tout au moins lorsque l'intention des deux époux avait été certaine à cet égard, comme cela se rencontre dans l'article 1595-2°. C'est cette raison qui nous a empêché de faire intervenir, comme on le fait d'ordinaire, ce même article pour prouver à l'encontre des partisans de la théorie de Pothier que le Code reconnaissait formellement l'existence au profit de la femme de propres parfaits. On voit que l'argument eût été insuffisant à démontrer que pour l'avoir admis dans ce cas exceptionnel, le Code eût entendu le faire également pour toutes les hypothèses de réalisation. Il est inutile d'ajouter que la jurisprudence actuelle doit admettre *a fortiori* en pareil cas que les valeurs mobilières ou autres meubles incorporels que le mari aurait cedés à la femme deviendraient des propres sur lesquels les pouvoirs de celui-ci seraient restreints dans la mesure que nous avons indiquée.

345. — Nous venons de voir la femme acceptant en échange de ses propres des valeurs qui lui sont données en paiement. Que cette cession lui soit faite par le mari ou un tiers, le caractère de l'opération et ses conséquences sont les mêmes ; la femme devient propriétaire des titres cédés du jour seulement où l'opération a eu lieu et elle est l'ayant-cause directe du

1. Cf. Jour. des not. t. LIV ann. 1838, n° 9904. Sir. 1837, 1, 623. D. d° 1, 273.

Digitized by Google

cédant. Il s'en suit que pendant un intervalle, qui peut être considérable, l'un des éléments primitifs du patrimoine personnel de la femme a fait défaut ; la reconstitution de ce dernier a été tardive, elle n'a pas été complète. Le bien cédé aura été l'objet d'un double transfert, le premier au profit du mari ou de la communauté qui s'en étaient rendus acquéreurs, le second au profit de la femme à qui il est transmis ; cette dernière va donc souffrir de tous les actes qui dans l'intervalle auront pu être légitimément accomplis par le mari à l'égard du bien qu'il lui cède. C'est de plus, un marché nouveau qui intervient entre le mari et la femme et dont celle-ci doit débattre les conditions. L'acte d'acquisition primitif qui a pu faire entrer le bien dans le patrimoine commun, reste étranger à la femme qui prend la valeur offerte, soit au cours du jour; soit à défaut de cote, pour le prix fixé par le mari et peut-être accepté par elle sous la seule influence de ce dernier. La loi a donc pu vouloir mettre la femme à l'abri de ces dangers ; elle a pu désirer que dès qu'un bien nouveau, d'une nature sinon semblable, au moins analogue à celle du propre aliéné, se trouve acquis par la communauté, il pût venir dès ce jour même se substituer dans le patrimoine de la femme au bien qui en a été distrait ; que tout au moins le marché fût censé avoir eu lieu pour le compte de celle-ci et qu'elle n'eût pas à débattre les conditions du nouveau marché avec son mari, chef de la communauté. Cependant ce vœu du législateur ne pouvait être transformé en obligation absolue ; il ne pouvait être imposé, ni à la femme qui doit rester libre de choisir et d'accepter les biens dont elle deviendra propriétaire, ni au mari chef de la communauté et qui, à ce titre, a le droit de réaliser, pour cette dernière seulement, les acquisitions qui lui paraissent utiles. On ne pouvait donc ériger en principe que tout bien acquis postérieurement à l'aliénation d'un propre lui serait, au moins jusqu'à concurrence de la valeur de celui-ci, substitué dans le patrimoine de la femme. Tout ce que la loi devait faire, c'était de laisser au mari la faculté de faire l'acquisition pour le compte de la femme, sous réserve pour celle-ci de son acceptation.

Lorsque l'achat est fait dans ses conditions et avec les formes et déclaration prévues aux articles 1434 et 1435, la femme, acceptant l'opération, et quel qu'ait été l'intervalle écoulé, prend l'acquisition dans les conditions du marché primitif, tel qu'il a été conclu entre le mari et le tiers vendeur. Cette différence entre le cas de remploi, au sens spécial du mot, et celui de *datio in solutum* prévu par l'article 1595-2° est incontestable. Nous en admettrons une autre, dont la portée est considérable. Nous croyons, en effet, avec Pothier, et un grand nombre d'auteurs, que la femme sera censée devenue propriétaire du bien acquis du jour même où le mari a conclu la vente sous déclaration de remploi et que par suite tous les actes de disposition qu'il aurait pu accom-

Digitized by Google

plir dans l'intervalle, au regard du bien proposé en remploi, sont nuls à l'égard de la femme acceptante. Nous le croyons ainsi parce que tel est le sens exact de l'opération faite par le mari; parce qu'elle ne constitue pas une offre toujours révocable à son gré; mais une véritable acquisition pour le compte de la femme sous la seule réserve de l'acceptation de cette dernière; c'est bien ce que le mari déclare dans le contrat lui-même en affirmant qu'il achète le bien en remploi, indiquant par là que c'est subsidiairement et au cas seulement de refus de la femme, qu'il entend garder le bien pour le compte de la communauté. Par suite, il s'est lié les mains, il s'est interdit de révoquer et dénaturer l'opération faite pour la femme, et désormais la condition qui doit lui enlever ce caractère dépend de cette dernière et non de lui. Nous le croyons enfin parce que les déclarations de remploi témoignant d'une certaine préoccupation de publicité à l'égard des tiers, elles ne sont pleinement explicables sous cette forme qu'en admettant que ceux-ci puissent avoir quelque danger à craindre ; et ce danger ne peut être que celui de voir annuler par l'acceptation ultérieure de la femme les droits qui leur auraient été consentis. Cette théorie de la rétroactivité en matière de remploi est d'ailleurs conforme au vœu de la loi qui est d'arriver le plus promptement possible et le plus complètement à la reconstitution du patrimoine de la femme. Ceci admis, deux questions se posent : les valeurs mobilières peuvent-elles être acquises en remploi? et quels seront sur ces valeurs les pouvoirs du mari dans l'intervalle entre l'acquisition en remploi et l'acceptation de la femme?

346. — Que des valeurs mobilières puissent être substituées à d'autres valeurs réservées propres à la femme et précédemment aliénées, c'est ce qui ne peut faire aucun doute. La difficulté n'apparaît qu'au cas de valeurs acquises en échange de propres immobiliers. Cette substitution peut avoir lieu sous cette forme s'il s'agit d'une simple *datio in solutum* (art. 1595-2°). Mais ici il ne saurait être question de rétroactivité ; et si le mari cède des valeurs dont il aurait déjà disposé, le droit de ses ayants-cause prime celui de la femme. Mais en dehors de cette hypothèse, le mari peut-il, en achetant des valeurs, déclarer qu'il les paie du prix d'un immeuble propre précédemment aliéné, et qu'il les achète en remploi de cet immeuble, de telle sorte que la femme, après son acceptation, se trouve substituée au mari dans le marché primitif et que, rétroactivement depuis ce jour même, elle soit reconnue avoir été titulaire des valeurs acquises en remploi? Il n'y a certes pas à cette substitution d'incompatibilité absolue dans la nature différente des deux sortes de biens, puisque dans le cas où le remploi a été expressément imposé en immeubles, la loi permet de le faire en rentes sur l'État. Il semble donc bien, quand le remploi est libre, qu'il peut être

Digitized by Google

fait en valeurs mobilières quelconques pourvu que la femme l'accepte. Cependant la question inverse ayant donné lieu à des doutes sérieux, il est naturel qu'ils se soient reproduits ici. On a, en effet, fort discuté la question de savoir si le remploi des valeurs mobilières propres à la femme pouvait être fait en immeubles. Or, les mêmes raisons de douter peuvent être reproduites, dans une mesure cependant plus restreinte, quand il s'agit de remplacer des immeubles par de simples valeurs. Les motifs invoqués sont tirés du principe que les époux ne peuvent, à leur gré, augmenter le nombre des propres qui composent leur patrimoine, et de ce qu'il y aurait modification dans les rapports existant entre les trois masses de biens, si l'on pouvait permettre à la femme, par exemple, de recevoir un immeuble, bien fixe, sûr, dont elle acquiert la propriété opposable à tous et qui lui offre pour son profit exclusif toutes les chances de plus-value, en échange d'une simple créance de deniers qui, tout en étant stipulés propres, restaient à la disposition du mari et profitaient au crédit de la communauté (1). Inversement on pourrait dire que les rapports réciproques entre les trois patrimoines ont été modifiés, si l'on permet à la femme de recueillir une simple créance valable, peut-être bientôt échue à la place d'un capital aussi certain, aussi stable, que l'immeuble précédemment aliéné. Nous répondrons que si ces substitutions ne sont pas dans le vœu du législateur, elles sont pourtant acceptées par lui lorsqu'elles répondent au désir des époux. Qu'arrivera-t-il, en effet, au cas de vente d'immeuble sans remploi ultérieur? C'est que la modification est aussi complète que possible; ce n'est plus même un titre d'action qui prend la place du bien le plus ferme et le plus sûr; ce sont de simples deniers sans individualité propre, mis à la pleine disposition du mari et ne laissant subsister au profit de la femme qu'un droit de créance plus ou moins précaire. Qu'arrivera-t-il encore au cas de *datio in solutum*? Nous avons dit que l'article 1595-2° se prêtait à toutes les substitutions possibles. Il n'y aurait donc qu'au cas de remploi seulement que la loi, ne tenant plus compte de la volonté des parties, exigerait pour la validité de l'opération, l'identité de nature entre le bien échangé et le bien substitué : d'où proviendrait cette rigueur? Le mari achète des titres qu'il propose à la femme en remploi d'un immeuble; celle-ci accepte, et l'on déclare le remploi non valable; on ne peut empêcher toutefois que cette seconde convention entre le mari et la femme ne vaille tout au moins comme cession autorisée par l'article 1595-2° et que par suite le titre mobilier ne vienne en qualité de propre prendre la place de l'immeuble aliéné; ce sera seulement un marché nouveau, et il n'y aura plus rétroactivité, la dissemblance des biens s'y oppose : il est cer-

1. Cf. Laurent, t. XXIII, n° 154. Dal. V° Cont. de mar., n° 1477. Toulouse, 27 mai 1834 (Sir. 35, 2, 175).

Digitized by Google

tes difficile d'en apercevoir le motif. Le but du remploi est avant tout de soustraire la femme à l'influence du mari ; ce but est-il moins désirable quand celui-ci se propose de substituer des valeurs aux immeubles aliénables.

Pourquoi refuser à la femme de prendre pour elle la condition du premier marché au lieu de l'exposer à subir une cession nouvelle qui laissera pout-être sa liberté beaucoup moins entière. Serait-ce enfin l'intérêt des tiers menacés par la rétroactivité qui s'opposerait à cette substitution. On ne saurait le prétendre ; puisque le titre acquis en remploi devra évidemment porter les mentions indiquées aux articles 1434 et 1435. M. Dalloz, qui en principe soutient une opinion contraire à la nôtre, cite cependant un arrêt qui a statué dans le sens que nous indiquons et dans lequel les principes sont assez nettement indiqués, bien qu'il soit tenu un assez grand compte des circonstances de fait (1). Nous croyons donc que dans une matière où l'on doit respecter avant tout la volonté des époux, et sauvegarder leur indépendance réciproque, il doit être permis au mari de proposer, et à la femme d'accepter le remploi du prix de ses immeubles aliénés en valeurs et titres mobiliers.

347. — C'est alors que se présente notre seconde question : ces titres acquis en remploi et devenus propres ont-ils pu être soumis dans l'intervalle aux pouvoirs de disposition du mari? Qu'ils y soient soustraits pour l'avenir, c'est une question que nous avons résolue. Mais la rétroactivité admise au cas de remploi a-t-elle pour objet de faire annuler les cessions, transports ou mises en gage que le mari aurait pu consentir entre l'acquisition du titre faite sans déclaration de remploi et l'acceptation émanée de la femme? Nous croyons qu'il doit en être ainsi. La théorie du remploi en effet n'est pas autre qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles ; et si nous acceptons en principe la rétroactivité de l'acceptation de la femme, nous ne pouvons la repousser quand elle se trouve porter sur des valeurs mobilières. Celle-ci intervenue, les pouvoirs du mari se trouvent limités, même dans le passé, à ceux qui lui appartiennent d'ordinaire sur les valeurs exclues de la communauté ; nous avons admis qu'il ne pouvait aliéner ces dernières sans le consentement de la femme ; nous devons donc reconnaître également que la cession qu'il en aurait faite avant l'acceptation de celle-ci ne lui serait pas opposable. Ce cas est assez analogue à celui que nous avons étudié à propos des substitutions permises ; c'est en vertu du principe de la rétroactivité des conditions résolutoires que nous avons également annulé la négociation de valeurs opérées par le grevé. Aussi exigerons-nous une condition mentionnée pour cette hypothèse aux articles 1069 et suivants ; et qui se

1. D. V° Cont. de Mar. n° 1481. Bourges 6 août 1834 (en note sous le n° ci-dessus).

Digitized by Google

trouve imposée de droit commun pour tous les cas où un fait ultérieur peut être susceptible d'ébranler la validité des conventions passées avec les tiers ; il faut que ceux-ci aient été à même de soupçonner les menaces qui peuvent exister à l'égard des droits qu'il acquièrent. S'il s'agit d'immeubles, ils en auront connaissance en consultant l'acte d'acquisition qui a fait entrer le bien dans le patrimoine du vendeur, puisqu'il fera mention de la déclaration de remploi indiqué aux articles 1434 et 1435. S'il s'agit de valeurs, comme ceux qui les achètent ne peuvent remonter aux titres d'acquisition de celui qui les offre, il est indispensable qu'elles portent en elles-mêmes l'indication des circonstances qui les affectent et fassent preuve en quelque sorte de leur état civil ; c'est là la raison des différentes mentions qui sont portées sur les titres nominatifs ; ceux qui échoient au grevé doivent indiquer l'existence de la substitution ; de même ceux qui seront acquis en remploi devront en faire mention ; sinon l'acceptation de la femme ne pourrait plus nuire aux droits des tiers.

348. — Le remploi au lieu d'être facultatif peut avoir été imposé par le contrat de mariage ; d'ordinaire la clause indique en quels biens il doit être fait ; dans ce cas il est bien certain qu'une acquisition de biens d'une nature différente de ceux désignés ne pourrait valoir à titre de remploi. Sous le bénéfice de cette réserve, nous devons admettre pour cette clause toutes les solutions que nous avons indiquées pour le cas précédent. Nous dirons de même de la clause d'emploi (1), qui consiste dans la déclaration que telle somme apportée par l'époux sera employée à l'achat de biens déterminés. On a pu discuter si sous l'empire du Code civil les deniers qui ont reçu cette destination sont eux-mêmes réservés propres, tant que l'emploi n'a pas eu lieu ; cette question n'ayant pas un trait direct à notre sujet, il nous suffit de dire que si l'emploi doit être fait en valeurs, celles-ci deviendront propres à la femme dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets que celles acquises en remploi de ses propres aliénés.

349. — Nous avons annoncé que le remploi pouvait être considéré sous une face différente, en tant que condition mise à l'aliénation des propres de la femme ; ce que l'on appelle le remploi conventionnel, clause fort ancienne qui nous vient de l'époque où l'aliénation des propres de la femme ne donnait à celle-ci aucun droit à la reprise du prix tant qu'il n'avait pas été employé au rachat d'un autre bien destiné à former un propre dans son patrimoine ; c'était l'époque où Loysel pouvait dire que « le mari ne se lève jamais assez matin pour aliéner les propres de la femme. » Aussi pour lui enlever tout intérêt à cette précipitation quelque peu intempestive, il devint

1. Cf. art. 93 cout. de Paris.

Digitized by Google

d'usage entre époux de stipuler, au moins au profit de la femme, le remploi obligatoire des propres aliénés (1).

Cette clause, bien que ne répondant plus aux mêmes préoccupations, n'est pas moins fréquente aujourd'hui ; elle a pour but surtout de soustraire la femme aux dangers que présente une simple créance en reprise du prix tombé dans la communauté, créance pour laquelle son hypothèque légale peut être insuffisante. Nous n'avons pas à nous demander par quelle action la femme peut contraindre le mari au remploi auquel il s'est engagé ; nous devons rechercher seulement en quoi cette condition nouvelle, en supposant qu'elle ait pour objet des valeurs mobilières stipulées propres, peut modifier les règles que nous avons admises au sujet de leur aliénation. La question s'est présentée fréquemment en matière immobilière; elle a donné lieu à une jurisprudence qui depuis l'arrêt de la Cour de cassation, toutes chambres réunies, du 8 juin 1858 (2), est aujourd'hui constante et peut se résumer dans les trois principes suivants : 1° Il n'est pas interdit aux époux d'adopter même sous le régime de communauté certaines règles spéciales au régime dotal, et entre autres celles de l'inaliénabilité totale ou partielle du fonds dotal. 2° La simple clause de remploi en matière de communauté ne suffit pas pour faire présumer chez les parties l'intention de frapper l'immeuble qui en est l'objet d'inaliénabilité ; par conséquent la femme s'oblige valablement sur cet immeuble et les tiers qui en deviennent acquereurs ne sont pas responsables du défaut de remploi. 3° Cette clause pourrait cependant avoir cet effet si la déclaration formelle et expresse en était faite au contrat de mariage (3). On comprend que pour faire l'application de ces trois principes aux valeurs mobilières affectées d'une clause de remploi en matière de communauté, il est nécessaire que nous connaissions quel peut être à leur égard le sens du principe d'inaliénabilité sous le régime dotal. C'est alors que nous pourrons nous demander utilement si la simple clause de remploi suffit pour faire aux valeurs restées propres à la femme commune une situation semblable à celle qui appartient à la femme dotale; et si jamais une semblable clause en matière de communauté peut suffire à menacer de nullité les aliénations qui seraient faites de ces valeurs du consentement même des deux époux. Aussi croyons-nous préférable de renvoyer cette question après l'étude que nous aurons à faire du régime dotal.

350. — *Clause de reprise d'apport franc et quitte.* — Dans les dernières hypothèses que nous avons examinées, la question des pouvoirs du mari se pose dans le passé. Nous retrouvons une situation analogue à pro-

1. Cf. art. 232 cout. Paris art. 192 cont. d'Orléans.
2. D. 58. 1. 233.
3. Cf. Rod. et Pont. cont. de mar. t. I n° 696 à 700.

Digitized by Google

pos de la clause de reprise d'apport franc et quitte ; ce qui nous engage à exposer à cette place les quelques observations que nous avons à donner à son sujet. La femme apporte son mobilier ; nous supposons des valeurs mobilières mises en communauté ; mais elle stipule qu'au cas de renonciation elle reprendra son apport franc et quitte de toutes dettes. Lorsque la condition à laquelle cette reprise est subordonnée vient à se réaliser, a-t-elle pour effet de résoudre le droit de la communauté sur les valeurs apportées et de faire considérer rétroactivement la femme comme n'ayant pas cessé d'en être propriétaire? Aurait-elle pour conséquence de modifier les pouvoirs qui ont appartenu au mari comme chef de la communauté sur les valeurs objet de la reprise, et donnerait-elle le droit de faire annuler les aliénations qui en auraient été précédemment consenties? Depuis Pothier l'opinion unanime des jurisconsultes n'a pas cessé de se montrer contraire à cette idée de résolution : « La reprise des effets mobiliers que la femme a apportés ou fait entrer en communauté ne se fait pas en nature, » est-il dit au Traité de la communauté (1). Cette doctrine n'a trouvé aucun contradicteur et tout le monde s'accorde à reconnaître que la femme n'exerce cette reprise qu'à titre de créancière. On s'est demandé seulement si cette créance ne portait jamais que sur une valeur numérique abstraite ou si elle ne pouvait avoir pour objet les effets mobiliers qui pourraient se retouver en nature lors de l'arrivée de la condition. Les opinions ont pu varier sur ce point et des distinctions ont été proposées ; mais la nature du droit de la femme n'a subi aucune atteinte et lors même qu'on lui accordait le droit de reprendre les objets en nature, on la soumettait encore en tant que créancière au concours des autres créanciers, sauf la protection qu'elle pouvait trouver dans son hypothèque légale (2). Cependant les motifs même sur lesquels Pothier fondait sa solution auraient pu peut-être faire hésiter l'interprête moderne ; ils se trouvent indiqués au sujet de l'immeuble ameubli soumis à la reprise de la femme renonçante. « L'intention des parties, dit Pothier (3), étant principalement de donner au mari la faculté de disposer des héritages ameublis par sa femme et de les convertir en argent quand il en aura besoin, la clause de reprise d'apports ne doit pas priver le mari de cette faculté. » Cette préoccupation est sans doute la même aujourd'hui ; mais s'en suit-il qu'elle doive encore avoir fatalement pour conséquence le maintien dans le passé du droit de propriété de la communauté?

Nous savons déjà que ces deux questions du droit de la communauté et des pouvoirs du mari sur les propres de la femme sont complètement indé-

1. Pothier com. n° 407.
2. Cf. M. Bufnoir à son cours.
3. Pothier *loc. cit.* n° 410.

Digitized by Google

pendantes. Ce sont les mêmes raisons qui, dit-on, empêchèrent Pothier de reconnaître l'existence de propres mobiliers parfaits ; malgré ces scrupules nous n'avons pas craint avec la majorité des interprètes de rendre aux propres mobiliers leur véritable caractère, ajoutant que la question de savoir si le mari pouvait en disposer librement n'était plus qu'une question d'interprétation du mandat tacite qui lui avait été confére par la femme. Ici ne pourrait-on pas dire de même : La femme reprend ses apports ; les termes du Code sont précis, il parle nettement des objets mêmes qui ont été mis en communauté (art. 1514). Cela veut dire que la condition accomplie la femme est censée ne s'en être jamais dessaisie ; qu'elle en est restee propriétaire. Cela veut-il dire que le mari n'aura pu en disposer librement dans le passé ? Nullement. Car les termes de cette clause rendent l'intention des parties manifeste ; la femme a consenti à la mise en Communauté ; c'est donc qu'elle a voulu à tout évidemment que le mari, en tant que maître de la communauté, pût jouir du crédit que son apport lui donnait et par conséquent pût en disposer librement. Qu'elle doive ou non être considérée comme en ayant été propriétaire, l'administration du mari sur ces biens confondus avec ceux de la communauté aura été celle que l'article 1421 lui donne sur cette masse commune. Le mari aura pu aliéner les titres et les créanciers auront pu les saisir. La différence entre les deux systèmes consisterait en ce qu'au jour de la reprise, si les objets se retrouvaient en nature la femme les reprendrait non plus à titre de créancière, mais à titre de propriétaire ; et l'on sait quel en est l'intérêt. Il fut une époque où ce système aurait pu avoir peut-être quelque chance de succès ; ce fut lorsque la Jurisprudence admettait que la femme exerçait ses reprises à titre de propriétaire. Cependant on sait quel était le caractère de ce droit de propriété étrange, sorte de droit vague, planant de très haut sur toute la masse sans se préciser sur aucun bien déterminement, et ne frappant les objets individuels de la communauté qu'au jour où la femme exerçait son choix dans l'ordre indiqué par l'article 1471 (1). Cette jurisprudence se serait donc trouvée également impuissante, il faut l'avouer, à faire porter le droit de la femme renonçante d'une façon spéciale sur les objets mêmes compris jadis dans son apport. Ici encore il ne se serait transformé en un droit de propriété que par le choix fait par elle conformément à l'article 1471. Les conséquences qui fussent résultées de là, eussent été celles attachées aux reprises quelconques de la femme, sans qu'aucune faveur spéciale ne s'y fut ajoutée en vertu de la clause qui nous occupe. Écartant ainsi l'influence d'une opinion qui d'ailleurs depuis l'arrêt du 16 janvier 1858 (2) n'a plus grand chance de succès, nous nous trouvons

1. Cf. Colmet de Santerre. t. VI N° 132 bis III et suiv.
2. Cass. Ch. rém. 16 janv. 1858. Sir. 58, 1. 9. Cf. Paris 4 août 1854 (Sir. 55. 2. 449).

Digitized by Google

très libre pour reconnaître que les mêmes raisons qui eussent expliqué en pareil cas l'extension presque absolue des pouvoirs du mari sur les valeurs objet de la reprise, exigent que l'on ne sacrifie aucun des droits légitimes des créanciers. De même que le mari a dû avoir les mêmes pouvoirs que ceux lui appartenant sur les biens communs, de même les créanciers ont dû s'attendre à avoir également sur eux les mêmes droits en toute éventualité. Ils peuvent bien admettre que la femme invoque pour ses reprises le droit de préférence qui dérive de son hypothèque légale, mais ils ne doivent pas subir celui qui résulterait pour elle d'un titre de propriété. Si l'intention de la femme a été vraiment, comme on doit le reconnaître, de faire servir ces valeurs au crédit de la communauté, il faut donc que les créanciers de celle-ci puissent être assurés qu'elles seront toujours affectées à leur gage en vertu de l'article 2092. Pour remplir cette intention il était donc nécessaire non-seulement que le mari pût les aliéner à titre d'administrateur, mais qu'elles fussent vraiment, et sans résolution possible, devenues la propriété de la communauté. Quant aux termes de l'article 1514 ils sont dépourvus de portée, puisqu'ils reproduisent exactement ceux dont se servait Pothier, lequel repoussait sans détour toute idée de résolution du droit de la communauté. Quoi qu'il en soit de cette quetion subsidiaire, les deux opinions devaient s'accorder sur le point qui nous occupe, et reconnaître à tout évènement la pleine validité des actes de disposition du mari au sujet des valeurs objet de la reprise (1).

351. — *Convention d'apport.* — Nous venons d'étudier différentes clauses susceptibles de jeter quelques doutes sur les pouvoirs du mari en vertu d'une idée de rétroactivité ; celles que nous avons à examiner maintenant menacent de dénaturer le caractère même des propres de la femme, en les soumettant pour toute la durée du mariage à la condition qui était, dit-on, celle de tous les propres mobiliers en ancien droit. Les valeurs mobilières comprises dans ces clauses diverses de réallsation cesseraient dès lors d'appartenir à la femme, pour tomber réellement dans la communauté et être soumises aux pouvoirs absolus qui de ce chef appartiennent au mari en vertu de l'article 1421. Ce serait là la part faite à l'ancienne opinion de Pothier ; qu'y aurait-il d'étonnant à cela? Toutes les conventions sont libres ; il nous reste à voir seulement si même en pareil cas la clause qui nous occupe doit avoir toujours cette portée large et absolue ; c'est encore une question d'interprétation de volonté.

Ce fut tout d'abord une opinion courante en jurisprudence et parmi les interprètes du Code civil que l'on ne devait faire aucune espèce de distinc-

1. Cf. D. V° Cont de Mar. N° 2889 et seq. Rod. et Pont. *loc. cit.* t. 2. N° 266 et seq. Colmet de Santerre t. 6 n° 181 bis.

Digitized by Google

tion entre les différentes clauses de réalisation ; toute clause indiquée aux articles 1500 et suivants, par laquelle la femme se réserverait propre son mobilier, quels qu'en soient les termes, devait aboutir au même résultat ; ne faire, suivant une des deux opinions extrêmes, que des propres imparfaits, ou toujours des propres parfaits, sauf les distinctions admises suivant la nature des différents meubles corporels par analogie de l'article 1851. Et, dès lors, pour ceux qui repoussaient ainsi sans réserve l'opinion attribuée à Pothier, force était de trouver un sens à l'article 1503 qui suppose la femme créancière d'une valeur, et non propriétaire d'effets en nature. On dut s'accommoder de ce texte embarrassant, en restreignant son application au cas où le mobilier réalisé ne se retrouverait plus en nature dans la communauté : c'était encore l'opinion exprimée même en 1856, par M. Gautier, dans une note intéressante qui suit l'arrêt cité plus haut. C'était une pure supposition que la généralité des termes de l'article 1504 rendait inadmissible. La doctrine qui admettait l'existence des propres mobiliers parfaits a été amenée à faire une distinction fondamentale, d'ailleurs très nettement indiquée par les deux alinéas de l'article 1500. Le premier se réfère à la réalisation expresse, absolue, dont nous avons parlé ; elle a pour but de conserver à la femme la propriété d'objets mobiliers déterminés. La seconde est la réalisation tacite résultant indirectement d'une convention d'apport : c'est à elle que s'applique l'article 1503. Nous avons eu, dans la discussion générale de la question, l'occasion d'indiquer l'hypothèse : la femme déclare qu'elle met son mobilier en communauté jusqu'à concurrence d'une somme déterminée ; ce qui excède la somme promise se trouve réservé propre par simple élimination. Les termes mêmes de la clause indiquent suffisamment que tout le mobilier de la femme répond de l'apport promis ; que, dès lors, le droit de la communauté, jusqu'à concurrence de la somme convenue, porte d'une façon générale et indéterminée sur tous les biens meubles, et que celui de la femme, par conséquent, ne peut plus subsister d'une façon exclusive et absolue sur aucun d'eux ; elle a donc perdu la propriété de tous ses meubles, comme c'est le droit commun suivant l'article 1401 ; mais elle reste créancière de ce dont sa mise en communauté pourra excéder la valeur promise. Ainsi son droit de propriété ne porte plus sur aucun objet déterminé et sa créance de reprise ne vise qu'une fraction de sa fortune mobilière actuelle. L'article 1503 a donc raison de dire qu'elle est, en pareil cas, créancière d'une valeur. Tous ses effets mobiliers, même les titres et valeurs, tombant en communauté, sauf récompense dans la proportion indiquée, la question des pouvoirs du mari se trouve supprimée.

352. — La plupart des auteurs s'en tiennent encore aujourd'hui à cette

Digitized by Google

distinction unique et fondamentale entre les deux cas de réalisation : réalisation expresse par laquelle on précise individuellement les meubles qui en font l'objet, et qui laisse ceux-ci sous le droit de propriété de la femme; réalisation tacite, laquelle résulte d'une promesse d'apport qui livre à la communauté tout le patrimoine mobilier de la femme et ne laisse à celle-ci qu'une créance en reprise de la valeur excédant la somme promise. Cependant une analyse plus minutieuse de la volonté des parties a dû conduire certains interprètes à proposer quelques sous-distinctions pour le cas de réalisation tacite. Un premier système a paru dans ce sens, en 1838, dans le *Journal des notaires et des avocats* (1). C'était à l'époque, on s'en souvient, où la Cour de Paris venait de se prononcer d'une façon absolue contre l'existence des propres parfaits. La pratique s'en était émue à juste titre. Le système proposé voulait, pour donner satisfaction plus complète à l'intention des parties, faire dépendre l'application de l'article 1503 de la disproportion plus ou moins grande existant entre le mobilier apporté et la somme promise. Si, par exemple, la fortune mobilière de la femme est de 20,000 francs et la somme promise à la communauté de 600 francs, il est difficile de croire qu'elle ait entendu aliéner tout son mobilier pour la garantie d'une somme aussi faible. Si le mari, disait-on, a retiré de la vente d'un des meubles de la femme, d'une action industrielle, par exemple, la somme due, quel tribunal oserait valider une saisie des créanciers du mari pratiquée sur le reste du mobilier appartenant à la femme ? Et comme de pareilles considérations semblent quelque peu donner prise à l'arbitraire, les auteurs du système tentèrent de donner à la distinction proposée un fondement juridique. La clause d'apports à laquelle se réfère le paragraphe deuxième de l'article 1500, et par suite l'article 1503, suppose, disent-ils, une sorte de dation en paiement. La femme promet un apport en valeur; et pour remplir son engagement, elle met à la disposition de la communauté son mobilier tout entier; tel est bien le cas indiqué. Mais qui ne voit que cette supposition d'une dation en paiement n'est possible qu'autant que la valeur donnée n'excède que de très peu la valeur promise? Lorsque la disproportion s'accentue, il est impossible de croire que la fortune mobilière de la femme soit transférée tout entière à la communauté pour satisfaire un engagement de beaucoup inférieur.

Nous ne sommes plus dès lors dans les termes de l'article 1500 qui suppose du mobilier mis dans la communauté *jusqu'à concurrence* de la somme promise; qui suppose ainsi un apport total égal au maximum à l'apport promis ou le dépassant à peine. Si nous ne sommes plus dans les termes de l'article 1500, § 2, l'article 1503 qui s'y rapporte ne nous est plus ap-

1. *Journ. des not.*, t. LIV, n° 9903.

Digitized by Google

plicable, et nous restons dans les termes du droit commun : c'est-à-dire, que la femme a voulu simplement donner au mari le droit de prendre parmi ses effets mobiliers de quoi se payer de la somme convenue, tout en gardant elle-même la propriété du surplus. Ce système nous semble même avoir été admis par un arrêt de cassation du 5 novembre 1860 (1), qui à la vérité sans distinction reconnaît à la femme la propriété de ses meubles indirectement réalisés par suite d'une convention d'apport, mais dont les termes sembleraient indiquer qu'il n'a donné cette solution qu'en raison seulement de l'immense disproportion qui existait dans l'espèce entre la somme promise et la fortune mobilière de la femme.

353. — Pour nous, nous croyons aussi qu'il s'agit avant tout d'interpréter l'intention des parties et qu'à ce point de vue l'arrêt précité a bien jugé, puisqu'une clause spéciale du contrat de mariage portait dans l'espèce que « le surplus des apports promis n'entrerait point en communauté, et même donnerait lieu, le cas échéant, à l'application du remploi. » Cet arrêt mis à part, nous ne voyons pas, en dehors de toute autre circonstance de fait plus concluante, que la distinction proposée ait une base solide en droit; et même au point de vue pratique elle nous semble éminemment dangereuse puisqu'elle n'offre qu'une limite très arbitraire comme point de démarcation. De plus, elle ne tient compte en aucune manière des termes mêmes de la clause et la caractérise d'une façon en droit fort inexacte. La femme ne s'est pas seulement engagée envers la communauté à apporter une somme déterminée, auquel cas elle serait vis-à-vis d'elle une simple débitrice et il pourrait être question de *datio in solutum*. Elle est supposée au contraire faire dès maintenant et actuellement une mise de fonds dans la société; mise de fonds qu'elle déclare s'élever à un taux déterminé; c'est là le sens exact des mots de l'article 1500 : « *jusqu'à concurrence de telle somme.* » Le point capital est donc la mise en communauté de son mobilier; et le point secondaire la détermination des droits maximum que la communauté devra acquérir sur cette masse qu'on lui abandonne. D'ailleurs le système opposé, si faible que soit la somme promise, est obligé de donner au mari le droit de vendre à son gré un des effets mobiliers quelconque de la femme afin de se procurer l'apport qui est stipulé; jusque-là tous les meubles de la femme sont donc bien à sa disposition, soit qu'il ait sur eux une sorte de propriété temporaire, soit que ses pouvoirs d'administration aient reçu cette extension provisoire; puis la somme réalisée, cette propriété s'évanouirait, ces larges pouvoirs disparaîtraient, et la femme reprendrait ses droits. Où a-t-on vu cette transformation possible au cours de la communauté ? Comment prouvera-t-on que la somme a été perçue par le mari et

1. *Journ. du Pal.* 61, p. 670 et la note de M. Rodière.

Digitized by Google

comment ses créanciers en seront-ils avertis? Comment sauront-ils que la fortune mobilière qui, au début, dans nne certaine proportion tout au moins, formait leur gage va se trouver soustraite à leur poursuite?

334. — M. Dalloz (1) proposa une autre distinction dont la base ne laisse plus place à l'arbitraire et que nous serions volontiers disposé à admettre. Si les époux ont déclaré mettre dans la communauté tout ou une fraction de leur mobilier. jusqu'à concurrence d'une certaine somme, on est dans les termes prévus par l'article 1500; la femme n'est créancière que de la valeur du surplus. Si au contraire la femme a promis d'une façon principale une somme déterminée pour le paiement de laquelle elle met son mobilier à la disposition de la communauté, en pareil cas elle entend donner à la communauté un simple droit de gage sur ses biens meubles, droit qui disparaît quand la somme promise a été réalisée; dès lors on n'est plus dans les termes de l'article 1500-2° et l'article 1503 cesse de s'appliquer. Ceci serait surtout vrai, si la femme avait promis un objet déterminé, comme des titres et valeurs, sans indiquer qu'elle apporte l'ensemble même de sa fortune mobilière; ainsi le contrat porte qu'elle met dans la communauté cinq actions de telle compagnie industrielle; nous ne pouvons dire en pareil cas que tout son mobilier tombe en communauté jusqu'à concurrence des valeurs promises; puisque ces dernières se trouvent déterminément retranchées de son patrimoine pour passer dans celui de la communauté, et que ses autres meubles se trouvent par là même exclus de l'apport qui doit être fait à la masse commune.

De même si le contrat de mariage portait que la femme promet d'apporter une somme de 10,000 fr. et qu'elle donne au mari le droit de vendre pour se la procurer tels ou tels effets mobiliers, l'intention manifeste des parties semblerait bien dans ce cas, comme dans celui de l'arrêt de 1861 cité plus haut, indiquer que l'ensemble des meubles est resté la propriété de la femme. Tout dépend donc en somme des termes exacts de la convention et des circonstances de fait qui peuvent servir à l'interpréter; le principe au cas de doute est qu'il faut maintenir l'application intégrale de l'article 1503. Ce qu'il importe de bien remarquer, c'est que dans tous les cas où nous nous trouvons dans les termes précis de l'article 1503-2° c'est-à-dire dans ceux où le mobilier est mis en communauté jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, il faut donner à la clause toute sa plénitude d'effet, et reconnaître que même les valeurs de la femme deviennent bien réellement la propriété de la communauté; et ne pas dire, comme semblerait le faire croire un passage de la note de M. Rodière citée plus haut (2), que cette

1. D. V. Cont. de mar. n° 2748, in fine.
2. J. du Pal. 1861, 1, p. 670.

Digitized by Google

clause met simplement ces meubles à la disposition du mari qui acquiert le droit de les aliéner à son gré, même au-delà de la somme promise. Pour nous, nous ne croyons pas que la question des pouvoirs du mari puisse s'élever en ce cas, mais uniquement la question des droits de la communauté. Ce qui est vrai, c'est que, au cas de convention d'apport, et sauf l'hypothèse exceptionnelle prévue par M. Dalloz et dans laquelle la volonté contraire des époux n'est pas douteuse, tous les meubles de la femme, même ses valeurs mobilières, deviennent biens communs, et que dès lors le mari les administre et en dispose comme chef de la communauté, et non plus comme administrateur du bien d'autrui.

353. — *Régime exclusif de la communauté.* — Aux différents régimes de communauté nous devons assimiler, quant aux pouvoirs d'administration du mari sur les propres de la femme, le régime exclusif de communauté. Bien que ce titre même semble indiquer un système d'association pécuniaire complètement étranger au précédent, puisque en pareil cas chacun des époux garde intacte sa fortune personnelle, que les deux patrimoines restent séparés et que le droit de jouissance accordé au mari pour subvenir aux charges du ménage ne profite qu'à lui seul, enfin bien que rien ne soit plus contraire aux idées mêmes d'association et de communauté, il n'en est pas moins vrai que toutes les règles de la communauté légale compatibles avec ce régime nouveau s'appliquent et subsistent. Cela vient de ce que ce régime est placé sous le titre même de la communauté, comme pour nous indiquer qu'il n'est, à proprement parler, qu'une dérogation, la plus extrême, il est vrai, et la plus complète, au régime type qui est celui de droit commun. Cela ressort mieux encore de l'article 1531 portant en propres termes que le mari conserve ses pouvoirs d'administration sur les biens de la femme, tandis qu'en réalité il a acquis des pouvoirs qu'il n'avait pas. Cette rédaction doit s'entendre ainsi, que les pouvoirs qui lui auraient appartenu sous la communauté légale lui sont conservés sous ce régime : nous devons donc lui faire l'application de l'article 1428 d'après l'interprétation que nous en avons donnée. Il n'en est pas moins curieux de voir MM. Aubry et Rau, qui, nous le savons, interprètent si largement cet article, dans le sens de l'extension des pouvoirs du mari, déclarer, en matière d'exclusion de communauté, que n'étant plus liés par les précédents historiques, ils doivent appliquer ici au mari administrateur la règle du droit commun et le soumettre à la distinction de l'article 1988. De sorte que, suivant eux, l'article 1428, au siège de la matière, donnerait au mari le droit de disposer des meubles de la femme et en particulier de ses valeurs mobilières et que transporté sous le régime exclusif de communauté, il n'aurait plus cette large portée et changerait de sens (1). Nous ne pouvons concevoir une telle

1. Aubry et Rau t. V. § 531 n° 14.

Digitized by Google

élasticité d'interprétation juridique ; elle n'aurait d'autre nom que celui d'arbitraire. Nous sommes heureux de pouvoir y échapper, grâce à l'interprétation générale et absolue que nous avons donnée de l'article 1428.

356. — *Observations générales.* — 1° Nous avons distingué avec soin les cas où, sous les différents régimes classés par le Code sous le titre de la communauté, des valeurs mobilières peuvent appartenir à la femme en pleine propriété et quels sont à leur égard les pouvoirs du mari administrateur. Nous lui avons dénié le droit de les aliéner ; mais il faut prendre garde à ce que cette expression pourrait avoir de trop absolu, et ne pas en abuser au point de paralyser l'administration que l'article 1428 accorde au mari pour le mieux des intérêts communs. La jurisprudence nous offre plusieurs exemples qui peuvent servir à délimiter la portée de notre prohibition. Nous voyons un mari qui avait touché par anticipation les loyers d'un immeuble propre à la femme, tenu, à la dissolution de la communauté, de rendre compte des sommes qu'il a reçues de ce chef, lorsque les loyers d'ailleurs ne sont pas encore échus. Mais l'arrêt qui donne cette décision a soin d'indiquer qu'il est des cas où cette anticipation aurait pu être considérée comme un acte d'administration permis et où la communauté n'aurait pas eu à devoir récompense de ce chef. Il peut arriver en effet que cette réception anticipée des loyers non échus forme le seul moyen qu'ait le propriétaire de recouvrer sa créance ; en pareil cas ne doit-on pas dire que l'administrateur qui a le droit de consentir au bail, a également celui d'en assurer l'exécution ? C'est dans ces limites qu'on doit entendre la décision à laquelle nous faisons allusion (1). Nous trouvons un exemple analogue dans un arrêt du 21 juin 1870 (2). Une femme mariée sous le régime de la communauté d'acquêts était commanditaire d'une société ; celle-ci menaçant ruine, le mari retira les valeurs engagées par la femme et convint d'une certaine somme qui lui serait donnée pour représenter la part de cette dernière dans les bénéfices. Le mari prétendant plus tard que le droit de la femme dans les bénéfices ultérieurs devait être supérieur à la somme qu'il avait acceptée, demanda la nullité de la convention comme contenant cession d'une partie des droits mobiliers incorporels de sa femme. La Cour refusa de voir dans l'espèce de forfait consenti par le mari administrateur, autre chose qu'un acte de sage gestion ayant pour but de conserver la créance même de la femme et d'en assurer le recouvrement. Le mari ayant plein pouvoir pour arriver à ces deux résultats devait avoir le droit de consentir toute convention nécessaire pour y parvenir.

Nous autorisant de la pensée qui a dicté les deux arrêts précédents,

1. D. 68, 1, 371.
2. D. 71, 1, 294.

Digitized by Google

nous croyons devoir admettre que les sacrifices pécuniaires consentis par le mari en vue d'assurer l'exécution des actes qui lui sont permis comme administrateur devront être acceptés par la femme toutes les fois qu'ils ne porteront pas sur des difficultés susceptibles de leur donner le caractère d'une véritable transaction, mais qu'ils n'auront d'autre but que de prévenir des dangers certains. De pareils actes, bien que contenant abandon d'une créance éventuelle ou restriction de droits qui pourraient appartenir plus tard à la femme, ne sauraient avoir le caractère de cession de créance, mais rentreraient dans la notion large d'administration telle qu'elle est entendue et acceptée par l'article 1428. Cela s'appliquerait en particulier aux reports des marchés à terme précédemment conclus par la femme ; c'est là en effet un acte situé à la limite des deux domaines, qui même pour le simple administrateur conventionnel peut en certains cas être rangé dans celui de l'administration et qui par conséquent doit avoir toujours ce même caractère, lorsqu'il s'agit d'un mandataire pour lequel les actes mixtes et douteux doivent être regardés comme essentiellement permis (art. 1428) (1).

357. — *Deuxième observation.* — Nous savons qu'en principe le droit de disposition n'appartient pas au mari sur les propres de la femme, et nous venons de limiter la portée dans laquelle ce principe doit s'entendre. Mais on sait qu'en cette matière l'interprétation de la volonté des parties, comme dans tous les cas de mandat conventionnel, est la seule mesure exacte des pouvoirs du mari. Si donc le simple mandat tacite qu'implique l'adoption du régime de communauté ne suffit pas pour permettre au mari de disposer des propres mobiliers de la femme, rien n'empêche que celle-ci ne supplée, même au cours du mariage, au défaut d'étendue du mandat primitif. Elle peut à coup sûr d'une manière plus effective participer à l'acte qu'on lui propose en donnant son consentement au marché ; mais elle peut aussi, sans connaître même toutes les conditions du marché, s'en remettre au mari et lui donner mandat de disposer de ses valeurs mobilières propres. La question est indiscutable, il ne peut y avoir difficulté que sur la preuve de ce mandat nouveau. S'il est exprès aucun doute n'est possible. Mais il peut n'avoir existé qu'un mandat verbal ou un mandat tacite ; la question de preuve peut devenir assez délicate. On reconnaît généralement que le Code n'a pas admis l'ancien mandat tacite du droit romain résultant de la simple connaissance de l'accomplissement de l'acte effectué par le prétendu mandataire. Le silence de l'intéressé ne saurait équivaloir à une procuration (2). Il a été

1. De même nous admettrions assez facilement que les actes de disposition accomplis par le mari, s'ils ont procuré un bénéfice à la femme pourraient être validés à titre de gestion d'affaire, et ne nous restreindrions pas aux seuls cas admis par nous au sujet du mandataire conventionnel. V. *Supra*, n° 151 et 152.

2. Cf. Troplong. Mandat., n° 218.

Digitized by Google

fait plusieurs fois application de ce principe en matière d'administration du mari à propos de l'exercice des actions immobilières de la femme.

La jurisprudence a toujours admis que le simple fait de la part du mari d'avoir poursuivi l'instance sans que cette dernière s'y opposât ne suffirait pour impliquer mandat véritable (1). La difficulté vient de ce que certains arrêts, et entre autres le dernier cité, semblent exiger en pareil cas, pour que la femme ait été valablement représentée en justice qu'il y ait eu mandat exprès. D'où naît la question de savoir si un mandat verbal ne pourrait suffire. Nous ne pensons pas que pour l'exercice des actions il y ait lieu à des exigences spéciales. Nous croyons au contraire que l'arrêt, ne traitant pas la question d'une façon principale, s'est contenté de supposer par hypothèse, et pour le mettre en regard de l'espèce en cause, le cas le plus ordinaire, celui surtout où la preuve de l'existence du mandat eût été la plus évidente et de nature à ne soulever aucune difficulté. Mais quoi qu'il en soit des espèces précédemment indiquées, il est indiscutable que pour l'aliénation des valeurs propres à la femme, il suffirait d'un mandat verbal, donné par elle au mari. C'est l'application du droit commun (2). Il est vrai que pour prouver l'existence de ce mandat il faudra faire application des règles rigoureuses du code civil sur l'admission de la preuve testimoniale, et n'admettre cette dernière ou les simples présomptions de l'homme, au cas où l'intérêt engagé est supérieur à 150 fr., que s'il y a au moins commencement de preuve par écrit. C'est ce qui a été jugé, du reste, dans une espèce importante par un arrêt de la cour de Cassation en date du 17 décembre 1872 (3). Cette jurisprudence étant entièrement conforme aux règles du droit commun, nous n'avons pas à insister davantage sur ce sujet.

SECTION II

RÉGIME DOTAL

La dot, dont l'existence se rencontre sous tous les régimes, dont la composition et la consistance seules varient sous chacun d'eux, se trouve plus spécialement caractérisée dans le régime dotal par l'apport que la femme fait au mari de certains biens déterminés, dont il doit avoir la jouissance et l'administration ; cette situation ne s'étend pas forcément à tous les biens de la femme comme nous l'avons vu sous le régime exclusif de communauté, et

1. Cf. Paris, 23 mars 1872. D. 72, 2, 169. Cassat. 22 avril 1873. D. 73, 1, 428.
2. Cf. Troplong, *loc. cit.*, nos 214 et suiv.
3. D. 73, 1, 154.

Digitized by Google

la nature des pouvoirs d'administration du mari est déterminée par des règles spéciales et non par celles qui gouvernent ce dernier régime. La restitution de ces biens mise ainsi à la disposition du mari, est garantie à la femme avec une énergie particulière; en ce sens que, tout au moins pour certains d'entre eux, les immeubles, la femme elle-même ne peut consentir à leur aliénation ni renoncer aux privilèges spéciaux qui lui en assurent la conservation. Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que la question d'inaliénabilité des biens dotaux est complètement indépendante de celle des pouvoirs du mari; et beaucoup d'erreurs sont venues de ce qu'on étudie généralement cette dernière à la suite de l'autre, et qu'elle subit ainsi, sans qu'on y prenne garde, l'influence du système adopté relativement à l'inaliénabilité. Celle-ci en effet ne porte atteinte qu'aux droits de la femme; elle doit s'entendre en ce sens, que la femme ne peut ni directement, ni indirectement, concourir à l'aliénation du bien dotal; et ce n'est que par contre coup que cette restriction des droits de la femme peut avoir quelque influence sur les pouvoirs du mari, cela en tant qu'il s'agit d'actes pour l'accomplissement desquels il est assujetti au concours de la femme. Dans ce cas, celle-ci étant incapable de donner son consentement à l'aliénation, il s'en suit que cette dernière devient impossible, puisque en principe elle ne peut avoir lieu du chef du mari seul et que la femme ne peut valablement y consentir. C'est ce qui a lieu pour les immeubles : la vente en est interdite au mari et la femme n'a plus la liberté d'y concourir; ils sont donc absolument inaliénables sauf les exceptions prévues et sauf le recours en justice. Quant aux meubles, la première question qui se pose est également du savoir s'ils sont ou non à la pleine disposition du mari; si l'on tient pour l'affirmative il est certain que la question d'aliénabilité ou d'inaliénabité sera indifférente, du moins en ce qui touche l'aliénation de chacun des objets consideré individuellement; puisque le mari n'aura pas à demander le consentement de la femme et que par suite il n'y a pas à savoir si celle-ci est capable ou non d'autoriser la vente. Si l'on décide au contraire que le mari n'a pas la libre disposition des créances ou valeurs dotales, c'est alors qu'il sera important de savoir si la dot mobilière est ou non inaliénable. Si elle ne l'est pas, la cession pourra être opérée avec le concours de la volonté des deux époux; si elle est inaliénable, la question se complique; la plupart des auteurs admettent encore la même solution, restreignant l'effet de l'inaliénabilité en matière mobilière à la créance en reprise de la femme et aux garanties qui l'entourent; pour nous, nous croirions en pareil cas que la logique devrait conduire à ne permettre d'aucune façon l'aliénation des valeurs dotales, sauf exceptions conformes à celles des articles 1558 et suivants et qu'il faut appliquer ici la même solution qu'en matière immobilière. Si en effet il y a incapacité pour la femme

Digitized by Google

de concourir à l'aliénation de sa dot mobilière, il devient évident que son consentement n'étant pas valable en lui-même ne pourra suffire à donner au mari les pouvoirs qui lui manquent. En logique cette solution s'impose, nous verrons cependant qu'elle est loin d'être admise. Ce court exposé de la matière suffit à indiquer la marche que nous prétendons suivre, marche inverse de celle d'après laquelle on étudie généralement la question qui nous occupe. Pour nous, c'est seulement après avoir étudié les pouvoirs du mari sur les valeurs mobilières dotales, indépendamment de toute influence étrangère, que nous rechercherons les modifications que le principe d'inaliénabilité, si on doit l'admettre, peut indirectement apporter dans cette question.

359. — Le mari a-t-il le droit de disposer des créances dotales? On a soutenu l'affirmative en se fondant successivement sur deux motifs fort opposés. Un premier système le lui permet en vertu d'une sorte de droit de propriété ou de quasi-propriété qui appartiendrait au mari sur les meubles dotaux; un second en vertu des larges pouvoirs d'administration contenus dans l'article 1549. Pour notre part nous ne serions pas étonné de croire que cette prétention si étrange de renouveler sous l'empire du Code civil l'ancien adage portant que le mari est *dominus dotis*, n'ait eu d'autre but que d'expliquer l'absence du mot meubles dans l'article qui pose le principe de l'inaliénabilité. Comme nous l'avons déjà fait prévoir, il deviendrait en effet parfaitement inutile de défendre à la femme l'aliénation de ses meubles pris individuellement, si ceux-ci appartiennent au mari. Et c'est en effet pour arriver à cette conclusion et en tirer un argument facile, que les premiers arrêts qui aient admis l'inaliénabilité de la dot mobilière ont cru devoir invoquer ce droit de quasi-propriété du mari. C'était encore la doctrine soutenue même en 1837 par M. l'avocat général Delangle, attaquant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Agen, dont l'un des considérants reproduisait le système admis par les premiers arrêts de 1819.

Ce rajeunissement d'une théorie ancienne et bien réellement abandonnée avait été cru nécessaire au besoin de la cause de l'inaliénabilité. Nous avions donc raison de nous défier de la connexion que l'on établit trop souvent entre les deux questions. L'admission de cet ancien adage aurait eu cette autre conséquence d'apporter un appoint nouveau à la doctrine qui prétend que le Code civil a entendu admettre aveuglément, sans modification aucune, le régime dotal tel qu'il était pratiqué en ancien droit; si bien que, à côté du droit de quasi-propriété du mari sur les meubles, on aurait également dû trouver celui de l'inaliénabilité de la dot mobilière, qui, dit-on, était indiscuté dans les pays de droit écrit. Il est bon d'écarter dès maintenant ces influences lointaines et de rejeter, pour n'avoir plus à y revenir, un système qui était commandé surtout

Digitized by Google

par les conséquences que l'on voulait en tirer. Outre que la théorie proposée n'était pas unanimement reçue dans tous les pays de droit écrit, puisque le parlement de Bordeaux allait même jusqu'à refuser au mari le droit d'aliéner les créances dotales, il est absolument certain que ce système a été repoussé par les auteurs du Code civil. Cela résulte de l'article 1549 qui en ne conférant au mari que l'administration des biens dotaux, dénie formellement à celui-ci la qualité de propriétaire; et plus encore des articles 1551 et 1566 dont l'un attribue au mari la propriété des meubles qui ont été estimés, et l'autre conserve à la femme celle des meubles qui ne l'ont pas été. Enfin, les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à ce sujet; le droit de propriété de la femme sur tous ses biens dotaux même mobiliers a été très nettement affirmé (1) par les différents orateurs et surtout par Berlier, Siméon et Duveyrier. C'est alors que se présente la seconde face de la question : si le mari n'est pas propriétaire de la dot mobilière, ne peut-il pas au moins l'aliéner comme administrateur dont les pouvoirs sont très étendus?

360. — Ce fut la seconde évolution de la Cour de cassation. La base du droit de propriété du mari ayant fait défaut, elle a dû se retrancher derrière l'expression fondamentale de l'article 1549. Le mari, y est-il dit, a l'administration des biens dotaux ; mais quelle est l'étendue de cette administration? Il est assez curieux de voir la jurisprudence qui sur l'article 1428 en matière de communauté s'appuie sur un terme semblable et un texte presque identique pour refuser au mari le droit de disposer des propres mobiliers, adopter sur l'article 1549 un système de raisonnement absolument opposé ; et cependant ce dernier texte paraît au premier abord bien moins favorable que le premier à la conclusion adoptée, puisque ne parlant pas des immeubles pour les soustraire au pouvoir du mari, il ne fournit aucun argument *a contrario* à l'encontre des meubles, et qu'il semble bien être la reproduction exacte de l'article 1988; c'est un pur mandat d'administration, donc exclusif de tout droit de disposition. Cependant cette bizarrerie apparente n'est pas absolument inexplicable. Il faut se souvenir que, en matière de régime dotal, comme en matière de communauté, le droit d'administration du mari sur les biens de la femme dérive d'un mandat tacite implicitement compris dans l'admission du régime adopté. Or, on peut être tenté de soutenir qu'en notre matière spéciale, ce mandat tacite peut avoir une portée bien plus étendue que le mandat conventionnel ordinaire. Il s'agit de l'admission d'un régime ancien dont les effets étaient traditionnels dans les pays de droit écrit; or parmi ces effets se rencontrait généralement le droit pour le mari de disposer presque à titre de propriétaire des meubles dotaux ; ce

1. Locré. *Législ. civ.* XII, p. 295, 471, 286. Cf. art. 1564, 1565 et 1567, C. civ.

Digitized by Google

régime a été adopté afin de permettre aux populations du midi et à celles de Normandie de continuer à vivre sous le système d'association conjugale qui les régissait depuis des siècles; c'est afin que rien ne fût changé dans les mœurs des familles, c'est afin qu'elles pussent garder le régime de leurs pères tel que ceux-ci l'avaient connu et pratiqué. Rien n'est plus vraisemblable que les descendants de ces familles élevées dans les traditions du régime dotal aient entendu, en adoptant ce système, lui faire produire, autant que cela pouvait dépendre d'eux, les mêmes effets que ceux admis en ancien droit; et par conséquent les femmes, transmettre à leur mari les mêmes pouvoirs que ceux qui avaient toujours appartenu à celui-ci. De nouvelles idées juridiques plus simples, plus exactes en elles-mêmes, ne permettent plus de dire que ces pouvoirs dérivent en sa faveur d'une sorte de division du droit de propriété; mais le mot ne change rien à la chose; ils lui seront attribués par la volonté même de la femme en vertu du mandat qu'elle lui confère.

Ces droits extrêmes du mari forment la caractéristique de ce régime; et c'est en considération de leur étendue et en quelque sorte à titre de compensation, qu'a été admis le principe d'inaliénabilité. La femme apporte une dot, c'est-à-dire qu'elle se dessaisit d'une partie de sa fortune, elle la remet aux mains du mari pour qu'il la gère et en dispose au mieux des intérêts communs, mais sans qu'elle ait le droit d'intervenir dans cette gestion unique; comme garantie, la loi lui assure la restitution de sa dot même à l'encontre de ses propres entraînements et de ses faiblesses; telle est l'idée qui se trouve au fond du régime dotal. Ce n'est pas pour le dénaturer que le Code l'a admis; c'est au contraire pour permettre à ses anciens partisans de le conserver dans toute sa pureté ancienne. En l'adoptant la femme indique par là-même qu'elle abdique tout droit à l'administration des biens dotaux; tout système qui aboutirait à exiger pour un acte quelconque le concours de la volonté des deux époux serait contraire à l'esprit de ce régime qui est par excellence celui des intérêts distincts, et des administrations séparées. Un seul acte par son importance pouvait sembler être en dehors de ces pouvoirs extrêmes d'administration, c'était l'aliénation des immeubles; celui-là seul pouvait paraître exiger le concours, peut-être susciter le conflit des deux volontés; or même pour cet acte, l'éventualité est impossible; car s'il n'est pas permis au mari, il est également défendu à la femme; et au lieu et place de cette dernière, c'est à la justice d'intervenir. Cela est si vrai que certains auteurs ont été jusqu'à présenter l'inaliénabilité de la dot immobilière comme une dérogation aux larges pouvoirs du mari plus encore que comme une atteinte aux droits de la femme propriétaire, et une incapacité dont elle soit frappée (1). A notre avis, c'est une considération inexacte et

1. C'est ce qui ressort d'un discours du tribun Siméon.

Digitized by Google

même une erreur ; mais elle indique au moins une tendance ; et cela prouve que tout est permis au mari, sauf l'aliénation des immeubles. On pouvait donc vraisemblablement soutenir qu'il avait été dans l'intention de la femme de donner à ce mandat d'administration une extension qui n'eût d'autre limite que celle de l'inaliénabilité immobilière. On fortifiait ces prémisses d'un argument tiré du texte lui-même. L'article 1549 est en effet bien plus étendu que ne l'était l'article 1428, puisqu'il donne au mari l'exercice de toutes les actions de la femme. Et si l'on demande pourquoi le même article n'a pas cru bon de s'expliquer sur le mobilier, puisque les interprètes prétendent lui faire contenir cette seconde dérogation à l'article 1428, on répond que l'exercice des actions immobilières pouvait seule présenter quelque doute à raison de la prohibition faite par l'article 1554 d'aliéner individuellement les immeubles dotaux ; on dit que cette prohibition pouvait paraître devoir entraîner celle de poursuivre les actions pétitoires relatives aux mêmes immeubles et que par suite l'article 1549 devait s'en expliquer. Quant à l'aliénation du mobilier il était difficile qu'il en parlât d'une façon générale, puisque le mari, pour toutes les choses fongibles, est propriétaire et non administrateur, et que, en ce qui regarde les créances dotales, le droit d'en disposer résulte implicitement du droit de poursuivre les débiteurs et de recevoir le remboursement.

361. — Ces raisons dont la première seule a quelque gravité ne nous ont cependant pas convaincu. Il est certain que toutes celles que l'on prétend tirer du texte lui-même ne tendent qu'à ruiner l'opinion qui les invoque. C'est en effet un principe proclamé par la jurisprudence elle-même sur l'article 1428 que l'on ne peut conclure du pouvoir de revendiquer en justice à celui d'aliéner librement le droit lui-même ; rien du reste ne semblerait plus anormal que le procédé de l'énumération de l'article 1549, si, comme on l'avance, le mot administration, interprété en cette matière d'après les traditions anciennes, avait dû comprendre tous les actes de gestion autres que l'aliénation des immeubles ; ce qui serait surtout étrange dans une énumération explicative de cette nature, c'est qu'elle indiquât des actes permis aux plus simples administrateurs, tels que la réception des capitaux mobiliers, au lieu de signaler l'acte douteux par excellence, celui qui seul pourrait donner à cette administration particulière son caractère vraiment distinctif, la disposition du mobilier. Si ce droit est compris dans le mandat du mari, qu'était-il besoin d'insister sur l'accomplissement d'actes d'une importance moindre, assurément compris dans le pouvoir supérieur de céder la créance elle-même? Logiquement nous devons penser que si l'article 1549 a cru devoir expliquer sa formule générale en appuyant sur certain actes qui par leur importance auraient pu sembler en être exclus, il a dû se référer à

Digitized by Google

ceux qui devaient ainsi représenter le maximum des pouvoirs du mari ; s'il s'agit d'immeubles, ce maximum s'arrête à l'exercice des actions ; pour les créances dotales, au droit de poursuivre le débiteur et d'en recevoir le paiement. Pour tous deux, le droit d'aliéner se trouve au-delà de la limite posée. C'est ainsi que l'article 1549 lui-même, quant à l'aliénation directe des biens dotaux, quels qu'ils soient, immeubles ou créances et valeurs, ne fait qu'une application très manifeste de l'article 1988. Il signale comme rentrant dans les pouvoirs du mari tous les actes qui s'imposent par eux-mêmes et ne sont encore que l'accessoire nécessaire à la jouissance la plus large et la plus complète, et laisse en dehors tous ceux qui constitueraient une transformation facultative du bien de la femme. Cette transformation est interdite en principe à tous les administrateurs (art. 1988) ; et le régime que l'on choisit pour apporter exception à cette règle est celui même sous lequel la loi à voulu entourer le propriétaire des garanties les plus considérables.

362. — Reste à savoir si la femme a entendu, en adoptant le régime dotal, abdiquer tous ses droits et se désintéresser de ses intérêts personnels sous la seule garantie de l'inaliénabilité dotale. On ne pourrait l'admettre que en se fondant sur l'intention évidente de continuer des traditions absolument générales et certaines. Or, on sait qu'à Bordeaux le Parlement déclarait les créances dotales inaliénables même de la part du mari ; il est donc certain qu'au moment de la rédaction du Code civil une femme de cette province adoptant le régime dotal et voulant lui faire produire tous les effets reçus dans la coutume qui régissait ses ancêtres, aurait entendu, d'après la théorie même que nous venons d'exposer, ne donner au mari que des droits d'administration fort restreints. Ceci étant évident, il ne l'est pas moins que l'article 1549 a été fait pour les femmes comprises dans le ressort de Bordeaux comme pour celles habitant celui de Toulouse, et qu'on ne pouvait avoir l'intention d'admettre à la fois cette double interprétation, en sens opposé, du mandat conféré au mari, suivant la région des époux. Devant régir la France entière, l'article 1549 a dû interpréter ce mandat et les pouvoirs qui s'y trouvaient compris dans le sens de la limite minimum, sauf à permettre aux époux d'en étendre les termes par convention. C'est ainsi qu'il se contente de faire l'application des principes du droit commun tels qu'ils sont établis à l'article 1988 ; laissant libres les femmes désireuses de se décharger aveuglément de tout souci pécuniaire et d'affranchir l'administration du mari de toute entrave, de le faire par clauses spéciales du contrat de mariage, soit qu'elles veuillent seulement étendre ses pouvoirs en lui donnant mandat comme lorsqu'il s'agit de biens paraphernaux (art. 1577), soit qu'elles préfèrent abdiquer tout droit de propriété sur les meubles et les abandonner

Digitized by Google

entièrement au mari, sauf restitution du prix porté à l'inventaire, comme le prévoient les articles 1551 et 1565 du Code civil.

363. — D'ailleurs rien ici ne prouve que la femme dotale, même en admettant l'inaliénabilité de la dot mobilière, ait consenti, tout en restant propriétaire, à se désintéresser à ce point de ses propres intérêts; du moins cette intention ne doit-elle pas se présumer à la légère. Cela se comprenait sans doute à une époque où la terre formant le principal élément des fortunes, la restitution de la dot, du moins en tant qu'elle se composait surtout d'immeubles, était infailliblement garantie; aujourd'hui que les dots sont le plus souvent fournies en valeurs mobilières, comment croire que la femme trouve dans son hypothèque légale une telle protection qu'elle entende abdiquer désormais tout contrôle et toute surveillance personnelle; ces valeurs en elles-mêmes ne sont pas inaliénables, la jurisprudence le décide ainsi, seule la créance qui les représente ne peut être compromise par la femme dotale; mais qui peut assurer cette dernière que cette créance, lors de la restitution pourra s'exercer utilement? Cela suppose que le mari ait des biens et pas trop de créanciers; l'hypothèque légale implique qu'il ait des immeubles et libres d'hypothèques antérieures; toutes conditions rarement réalisées lorsque se présente l'événement que nous avons en vue, le péril de la dot. La véritable garantie de la femme dotale est, en cette matière, qu'on ne puisse à son insu et sans sa volonté aliéner ses actions, obligations et autres valeurs. Il en est ainsi de la femme commune, bien que la conservation de sa fortune personnelle ait été entourée de moindres garanties; on ne peut donc supposer que la femme dotale ait voulu se placer de son plein gré dans une situation plus précaire et plus dangereuse. Pour l'admettre il faut assurément autre chose que la simple stipulation du régime dotal. On invoque il est vrai le principe des administrations séparées et distinctes. Poussé dans ses limites extrêmes, il a pu être une conséquence de la théorie qui donnait au mari la quasi-propriété de la dot. Or la modification incontestable apportée par le Code civil a été de ne plus présumer ainsi d'une façon générale et absolue cette suprême indépendance pécuniaire des deux époux et cette abdication de tous ses droits de la part de la femme. Cette intention est formellement marquée en ce qui regarde les meubles.

Si les époux veulent continuer les traditions anciennes qui consacraient ces larges pouvoirs du mari, le moyen est simple : ils n'ont qu'à faire dresser estimation du mobilier dotal, en y comprenant même les titres et valeurs : Estimation vaut rente. En dehors de cela, le principe proclamé par le Code est que en cas de non estimation la femme garde la propriété de ses meubles, et avec elle par conséquent toutes les prérogatives du propriétaire. Si donc elle a entendu rester propriétaire de ses valeurs et autres droits incorporels,

Digitized by Google

c'est qu'elle les a jugés dignes de lui être conservés en nature et qu'elle a entendu que personne ne pût en disposer contre son gré. Le Code favorable aux principes de liberté et en même temps au maintien des droits essentiels du propriétaire, ne pouvait présumer, en dehors de toute clause contraire, une intention différente; ce contre-sens deviendrait de plus en plus fécond en dangers, lorsqu'on pense à l'importance toujours croissante des valeurs de cette espèce et à l'imprudence qu'il y aurait à les livrer aveuglément aux projets de spéculation du mari.

364. — Notre question principale est résolue ; tout serait dit si l'on n'avait soulevé celle de l'inaliénabilité de la dot mobilière; il nous suffirait de conclure que le mari administrateur du bien d'autrui ne pourrait aliéner les valeurs dotales qu'avec le concours de la femme, mais que celle-ci ayant consenti, plus rien ne s'opposerait à la vente. C'est encore la conclusion, à notre avis obligée, que doivent adopter les auteurs qui refusent de suivre la jurisprudence dans la voie où elle s'est très nettement, très bravement engagée (1). D'autres interprètes, tout en faisant leurs réserves sur le bien fondé du système de la jurisprudence, ont pensé que cette conclusion n'était pas incompatible, avec la théorie régnante sur l'inaliénabilité de la dot mobiliére ; et que, même celle-ci admise, la vente des valeurs mobilières pouvait avoir lieu du consentement des deux époux (2) : c'est cette conciliation qu'il nous reste à examiner. Cette jurisprudence triomphante, aujourd'hui établie à l'égal d'un système législatif, nous n'avons certes pas l'intention de la discuter à fond. On peut assurément la soupçonner d'avoir fait la part trop large aux intérêts de l'état économique qui nous régit, et trop étroite au respect scrupuleux des textes; on peut lui reprocher de s'être par certains côtés, substituée au législateur, et par suite d'avoir eu ce fâcheux résultat de supprimer le rôle de celui-ci, et d'avoir ainsi, pour répondre à des besoins réels, créé un état instable en soi, et toujours menacé, au lieu et place de celui, peut-être plus lent à venir, mais toujours plus sûr qui fût résulté d'une réforme législative, analogue à celle dont la loi de 1880 nous a donné l'exemple. Ces reproches, à notre avis, sont fondés; l'initiative prise sur ce point par la jurisprudence aurait pu paraître dangereuse et l'être réellement. Cependant depuis plus d'un demi siècle que cette tentative a été faite, l'épreuve a démontré que le pouvoir judiciaire en France n'était plus de ceux qui cherchent par l'extension de leurs attributions à empiéter sur les droits du législateur. Cet exemple, si tant est qu'on eût pu le qualifier de mauvais exemple, est resté isolé ; son utilité et ses bienfaits ont été incontestables. Ce

1. Cf. Laurent, Colmet de Santerre, Odier Cont. de Mar. III, n° 1240.
2. Cf. Bufnoir à son cours. M. Léon Michel. *Loc. cit.*

Digitized by Google

système en lui-même, comme structure et comme logique, fait même assez belle contenance; nous nous contenterons d'en tracer les grandes lignes; sans nous interdire toutefois d'indiquer les inconséquences auxquelles la jurisprudence a dû se résoudre et qu'elle a dû faire accepter aux meilleurs esprits (1).

365. — Dès les premières années qui suivirent la promulgation du Code, la Cour de cassation était déjà fixée; l'arrêt de 1819, le premier sur cette matière, donnait déjà la double solution qui caractérise le système. On a pu, pour la soutenir, invoquer des motifs différents; on croyait alors qu'une des conséquences nécessaires de la théorie était la reconnaissance d'un certain droit de propriété en faveur du mari, sur les meubles dotaux; on dut plus tard y renoncer et se prévaloir à sa place des larges pouvoirs d'administration admis par l'article 1549. Ces divergences, sur un point à notre avis accessoire, n'ont pas laissé trace dans les détails de l'application. Reconnaissant d'une part que le plus grand nombre des Parlements des pays de droit écrit ne permettaient pas à la femme dotale de céder ou compromettre la créance qui représentait ses deniers dotaux, et d'autre part que les rédacteurs du Code civil avaient entendu conserver au régime qu'ils adoptaient tous ses effets traditionnels, la jurisprudence proclamait en principe l'inaliénabilité de la dot, mobilière et immobilière. Cette dernière conduisait à l'inaliénabilité individuelle de chacun des immeubles, car la femme en avait conservé la propriété et le mari n'en avait pas acquis la pleine disposition. La première devait s'entendre au contraire à la façon traditionnelle de l'ancien droit; sous celui-ci, les meubles devenant la propriété du mari, la dot mobilière pour la femme ne consistait plus que dans la créance en reprises qui lui en assurait la restitution; et par suite l'inaliénabilité appliquée aux biens de cette espèce ne pouvait s'entendre que de la créance qui leur était substituée et qui les représentait. Elle avait donc pour conséquence immédiate d'après la jurisprudence des Parlements, de rendre la femme incapable de compromettre son droit aux reprises, sans s'opposer à l'aliénation de chacun des meubles individuellement. D'ailleurs que ceux-ci soient devenus la propriété du mari ou qu'il ait le droit d'en disposer par suite de ses pouvoirs d'administration, l'effet est le même. C'est cette conséquence qui a dû être admise et sanctionnée par la jurisprudence moderne.

La femme dotale ne pourra donc céder son hypothèque légale, ni y renoncer en tant que celle-ci doit garantir la restitution de ses meubles dotaux; elle ne pourra s'obliger sur ces derniers, et ses créanciers ne pourront se faire payer sur ses reprises. Enfin la jurisprudence tire de

1. Voir une excellente réfutation de ce système dans M. Colmet de Santerre, *loc. cit.* Également Laurent, *loc. cit.*

Digitized by Google

ce principe une variété infinie de conséquences dont l'énumération serait deplacée dans cette étude (1) ; nous nous contenterons, au cours de la discussion, d'insister sur l'un des effets admis au cas de séparation de biens. En regard de ce principe, dont l'application générale se restreint à la nullité des engagements susceptibles de compromettre les reprises de la femme, la jurisprudence oppose, moins comme une atténuation que comme une explication de la règle, sa théorie sur les pouvoirs du mari. L'inaliénabilité ne portant pas sur les effets mobiliers en soi, le mari conserve sur eux ses pleins pouvoirs, les aliène, en dispose à son gré, qu'il s'agisse de l'objet le plus chétif ou de titre le plus important. Cette seconde face du système a l'avantage sérieux de ne pas entraver la circulation des valeurs dotales et d'eviter les doutes qu'aurait pu faire naître l'incapacité de la femme, si le mari avait dû obtenir son concours pour opérer le transfert. Elle n'est pas inutile non plus pour l'interprétation des textes qui auraient pu embarrasser la jurisprudence. Tous ceux en effet que le Code lui présentait en matière d'inaliénabilité, aussi bien celui qui pose le principe que ceux relatifs aux exceptions, ne se référaient qu'aux immeubles. Grâce à la doctrine admise quant aux pouvoirs du mari, on a pu dire que l'article 1554 n'avait pas plus à défendre l'aliénation des meubles dotaux que les articles suivants à la permettre exceptionnellement, puisque cette aliénation, en tant qu'elle porte sur chacun des objets mobiliers pris individuellement, est permise au mari. L'argument *a contrario* ainsi écarté, on a exhibé quelques textes détachés, où, par suite d'une sorte de préoccupation littéraire habituelle aux rédacteurs du Code civil, le mot immeubles avait été remplacé par celui plus général de *dot*, ou *biens dotaux*. On a cru trouver dans ces textes, qui ne portaient en eux-mêmes que des applications de détail sans avoir la prétention d'établir le fondement d'aucun principe, la consécration manifeste de la règle de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

366. — Ainsi d'accord avec les textes, ou prétendant l'être, la jurisprudence passa aux considérations, avec lesquelles, il faut bien l'avouer, elle se trouva infiniment mieux à l'aise; car elles ne manquaient pas en sa faveur ; on peut même dire qu'il n'y avait qu'elles. Qu'est-ce en effet que le régime dotal sans la garantie de l'inaliénabilité générale s'étendant à la dot tout entière ? Ce qui le caractérise, ce n'est pas la division des biens de la femme en deux catégories, dont la première lui est réservée et dont la seconde est abandonnée au mari qui en jouit et l'administre à son gré; si ce n'eût été que cela, il eût suffi de créer un régime exclusif de communauté comportant l'existence de biens paraphernaux. Ce qui est le point

1. En voir l'examen détaillé dans MM. Aubry et Rau t. V, § 537 bis, 4e édit. p. 600.

Digitized by Google

fondamental du régime dotal, c'est que la femme s'est interdit de mettre sa dot au service des intérêts de son mari; c'est qu'elle a voulu assurer contre ce dernier et contre elle-même, contre les influences étrangères et sa propre faiblesse, le patrimoine de la famille et la fortune de ses enfants. C'est là l'idée maîtresse de ce régime; et sans elle il n'a plus de raison d'être. Son nom seul est comme une étiquette qui avertit les créanciers envers lesquels la femme s'engage qu'elle n'a plus le droit de s'obliger sur sa dot: elle est désormais incapable de compromettre sa dot; tel est le vrai principe. Or, ce principe que devient-il sans l'inaliénabilité de la dot mobilière? C'est une vérité banale de répéter que la plupart des dots sont fournies aujourd'hui en deniers et valeurs. Si la femme peut abandonner ses reprises, si ses créanciers peuvent faire saisir les valeurs dotales qui lui seront restituées, il faut convenir qu'elle aura fait, en adoptant ce régime, une tentative avortée, un essai inutile. La loi qui, en lui assurant le maintien des anciens principes, lui garantissait la restitution de sa dot, aura failli à sa promesse; c'est ce qu'il est impossible d'admettre.

On peut être hostile à l'idée même qui est au fond de ce régime; on a pu récriminer contre la possibilité de certains contrastes qui montrent la femme sauvant du désastre commun une dot parfois considérable, au mépris de ses propres engagements, au mépris de l'honneur de son mari qu'elle pouvait peut-être sauvegarder par un sacrifice généreux, au mépris de l'intérêt de ses enfants, à qui la considération rendue, importera plus qu'une fortune conservée. Ces considérations sont désormais hors de propos. Cette situation que l'on peut trouver parfois révoltante, a du moins le mérite de ne laisser aux créanciers aucune surprise, bien souvent même d'écarter certaines combinaisons entre époux auxquelles se prête parfois le régime de communauté au préjudice des créanciers. Quoi qu'il en soit des qualités et avantages réciproques des deux systèmes, le régime dotal a été admis et consacré par nos lois; il n'y a plus à le juger, mais à l'appliquer. Le restreindre, le tronquer sur un point par esprit d'hostilité préconçue, c'est en faire une institution hybride conservant de l'ancien régime tous ses inconvénients sans en avoir tous les avantages: le Code n'a pu vouloir consacrer cette demi-mesure et la jurisprudence est moins disposée encore à la sanctionner.

367. — Nous venons de voir que la doctrine de l'inaliénabilité s'harmonisait merveilleusement avec le système qui donne au mari le droit de disposer des valeurs dotales; tous deux se complètent à ce point que l'on peut même se demander si l'un n'a pas été la conséquence de l'autre. Il nous faut maintenant mettre en regard le système de l'inaliénabilité avec celui qui est le nôtre sur l'administration du mari. Plusieurs auteurs s'appuyant sur cette sorte d'inaliénabilité abstraite, formelle comme on dirait en Alle-

Digitized by Google

magne, qui est le produit original du système de la jurisprudence, ne voient aucun obstacle à ce que les valeurs dotales puissent être vendues par le mari avec le concours de la femme. Il est certain que ce serait là, sinon absolument en législation, tout au moins dans l'état de nos textes, le système idéal; la créance en reprises de la femme serait assurée, mise à l'abri de ses propres engagements, et ses valeurs dotales, sans être individuellement immobilisées et rendues inaliénables, seraient cependant soustraites au pur arbitraire du mari; c'est assurément une conception qui a le droit de tenter ceux qui désirent mettre d'accord les textes de la loi avec leur esprit. Malheureusement, cette conciliation est-elle possible? On dit bien sans doute que l'inaliénabilité flotte d'une façon indéterminée sur la dot mobilière, sans porter sur aucun de ses éléments en particulier; que ceux-ci, par leur destination même et en vertu de leur nature essentiellement ambulatoire et mobile, doivent pouvoir se transformer et s'échanger au mieux des intérêts communs, sous la seule réserve que leur valeur abstraite soit considérée comme un élément substantiel inaliénable et dont la restitution soit garantie à la femme. Tout cela est fort juste pour les meubles qui par leur nature deviennent la propriété du mari, ou même pour les autres, si le mari seul a le droit d'en disposer; aussi la Cour de cassation est-elle fort conséquente dans toutes les parties de sa doctrine. Mais cela est-il encore tout aussi vrai des meubles incorporels au cas où l'on admet que le mari doit obtenir, pour en disposer, le consentement de la femme? L'inaliénabilité, qu'elle s'applique aux meubles ou immeubles, ne change pas de nature; elle est et elle reste une incapacité artificiellement admise chez la femme dotale, de consentir valablement à un acte quelconque susceptible de compromettre sa dot. Ce sont les termes mêmes d'un considérant de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 1846 (1). C'est pour cette raison qu'elle ne peut suppléer au défaut de pouvoir du mari pour l'aliénation de ses immeubles; le consentement qu'elle donnerait à cet effet serait entaché d'un vice essentiel. Pourquoi le consentement que l'on exige d'elle pour le transfert de ses valeurs, serait-il exempt de ce même vice, si l'on admet que la conservation et la restitution de ses meubles incorporels lui a été garantie au même titre que la conservation de ses immeubles? Ce qu'on lui demande, n'est-il pas l'acte le plus compromettant pour ses reprises dotales, plus dangereux assurément qu'une cession de priorité ou une subrogation à son hypothèque légale, puisqu'il doit consister à transformer une valeur ayant par elle même une individualité qui la soustrait au concours des créanciers en dehors même de tout rang hypothécaire, en deniers qui vont se perdre dans le patrimoine du mari et peut-être s'engloutir avec lui dans un désastre commun, pour passer

1. Sir. 46, 1. 824.

Digitized by Google

de là entre les mains des créanciers et ne parvenir à la femme que par fractions plus ou moins importantes, selon qu'un ordre hypothécaire aura pu être ouvert utilement, ou qu'il s'agira d'une procédure en contribution.

Si l'admission du principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière est le fruit d'une réaction légitime contre la tendance si générale autrefois de sacrifier les droits mobiliers aux immeubles, pourquoi, dans l'application, ne pas poursuivre cette assimilation dans tous les cas où elle est possible ? Rien dans les textes invoqués n'autoriserait une semblable infériorité au détriment des meubles incorporels ; et pour affirmer qu'un fonds de commerce ou des rentes comprises dans la dot ne doivent pas être protégés pour eux-mêmes et individuellement à l'egal des immeubles, il faudrait s'appuyer sur un texte bien positif dont les termes pussent indiquer que le Code civil ait reconnu ainsi deux sortes d'inalienabilité, l'une spéciale aux droits mobiliers et l'autre particulière aux immeubles. Or, cela est d'autant plus difficile à admettre que la plupart des articles sur lesquels on se fonde pour appliquer aux meubles eux-mêmes cette garantie extrême, disposent d'une façon générale pour tous les biens dotaux sans distinction, et qu'il est impossible de comprendre les meubles sous cette expression sans reconnaître en même temps que l'inaliénabilité qui leur est applicable est de même nature, sauf réserve pour les choses fongibles ou les objets estimés à l'inventaire, que celle admise en matière immobilière ; qu'elle doit s'exercer de même et qu'elle est soumise aux mêmes exceptions. Ainsi l'article 1555 qui fait exception au principe d'inaliénabilité pour le cas où il s'agit de l'établissement des enfants d'un premier lit, parle des biens dotaux en général ; on en conclut qu'il doit comprendre le mobilier lui-même et que par suite celui-ci était inalienable ; admettons ce raisonnement ; soutiendra-t-on s'il s'agit de meubles, que l'aliénation qui sera permise en pareil cas, aura pour objet la créance en reprises et non les valeurs dotales elles-mêmes, dont la propriété serait restée à la femme ? Cette interprétation serait fort contradictoire avec les expressions du texte, lequel parle de *donner les biens dotaux* pour l'établissement des enfants ; ce qui indique assurément que l'exception a pour objet des biens déterminés dans leur individualité elle-même ; si telle est l'exception, telle doit être la règle ; d'où cette conclusion, que si l'article 1555 s'applique aux valeurs mobilières de la femme dotale, c'est que chacune d'elles prise en elle-même était inaliénable même du consentement des deux époux et ne pouvait cesser de l'être que sur autorisation de justice De même l'article 1556 qui permet l'aliénation avec le seul consentement des deux époux indique qu'il s'applique seulement à des biens absolument inaliénables en eux-mêmes ; on en fait cependant une des bases du système de l'inaliénabilité de la dot mobilière ; c'est donc que les meubles auxquels

Digitized by Google

il s'appliquerait seraient bien absolument inaliénables. En pratique, d'ailleurs, c'est bien ainsi que les époux entendent l'application du principe d'inaliénabilité aux valeurs qui leur sont constituées en dot. La preuve en est, comme nous le verrons pour les cas où par une clause spéciale ils se sont réservé la faculté d'aliéner sous certaines conditions leurs biens dotaux, que cette clause est presque toujours expressément étendue par eux aux créances et valeurs dotales ; ce qui indique bien que de droit commun, et à défaut de cette disposition formelle, ils les avaient considérées comme absolument inaliénables. Souvent même ils ne se sont pas crus dispensés par cette simple clause de recourir à l'intervention de la chambre du conseil ; cette prétention ne fut pas admise, elle témoigne cependant de la rigueur avec laquelle la pratique entendait l'inaliénabilité appliquée aux meubles dotaux incorporels (1). Enfin, il faut bien avouer qu'à propos de meubles incorporels dont l'individualité subsiste, il est difficile de parler de créance en reprise proprement dite, puisque la femme, à leur égard, reste propriétaire. Dans le système qui admet le mari à les aliéner librement, il peut être question pour la femme d'une créance éventuelle ; mais lorsque l'aliénation dépend d'elle, c'est elle-même, qui, bien qu'incapable de compromettre sa dot, va donner naissance à cette créance fragile en l'acceptant à la place du droit de propriété qu'elle s'était réservé ; est-ce conséquent ?

368. — Ce système ne se heurte pas seulement à de nombreuses contradictions au sujet des considérations qu'il invoque ; il conduit dans l'application à de réelles inconséquences. La jurisprudence doit reconnaître en effet que dans certains cas l'inaliénabilité de la dot mobilière doit forcément descendre de la région un peu vague où elle plane de haut, pour frapper individuellement les meubles incorporels qu'elle a mission de protéger. Il en est ainsi par exemple au cas où des rentes sur l'État ont été acquises en remploi de l'immeuble dotal, en vertu de l'article 46 de la loi du 3 juillet 1862. Les valeurs ainsi acquises sont inaliénables de la part du mari et de la part de la femme en même temps ; elles ne peuvent être cédées qu'avec autorisation de justice et dans les cas d'exception permis par la loi (2). Dans le système de la jurisprudence, cette solution n'a rien de contradictoire ; la déclaration de remploi a pour effet de soustraire ces valeurs aux pouvoirs de disposition du mari et dès lors la femme se trouve incapable de suppléer aux pouvoirs qui lui manquent. Mais comment expliquer cette distinction pour ceux qui admettent que dans tous les cas l'aliénation des valeurs dotales excède le mandat conféré au mari et requiert le concours de la femme ? Pour moi, je ne vois aucune raison spéciale pour que l'inaliénabilité opère à

1. Cf. Bertin *loc cit.*, t. 2, J. 22 mars 1851, n° 41, 11 mai 1850, n° 42, 4 avril 1851, n° 49.
2. Buchère : Val. Mob., n° 122, *in fine*.

Digitized by Google

l'égard de rentes acquises en remploi d'immeubles d'une façon différente de celle qui serait applicable aux rentes que la femme s'est, dès l'origine, constituées en dot.

Dira-t-on que les premières remplacent un bien qui se trouvait être protégé individuellement et pour lui-même, et qu'elles doivent participer des mêmes garanties ? Je répondrai que la question est précisément de savoir si les secondes, étant de même nature et offrant le même intérêt de conservation dans le patrimoine, ne doivent pas également être, dès le principe et dans tous les cas, protégées pour elles-mêmes et individuellement. Lorsqu'on avance le contraire, on fait une pure supposition gratuite que l'ancien droit, nous le verrons, n'autorise pas davantage. Il est une autre hypothèse où l'inaliénabilité s'individualise de l'avis même de tous les auteurs ; c'est au cas de séparation de corps. La jurisprudence admet en effet que la femme séparée ayant recouvré ses valeurs dotales, devient incapable de les aliéner en elles-mêmes. Ni le principe de la nécessité de circulation rapide si vivement invoqué pour rendre la dot mobilière aliénable de la part du mari, ni celui non moins certain de la reprise par la femme séparée de l'administration des biens dotaux telle qu'elle existait aux mains du mari, n'ont empêché la jurisprudence d'immobiliser entre les mains de la femme les valeurs qu'elle recouvre. C'est qu'en effet le principe d'inaliénabilité ne pouvait plus avoir d'autre application ; de créance en reprise, il ne sera plus question à la dissolution du mariage ; des lors l'inalienabilité ne peut plus s'entendre que de la conservation en nature dans le patrimoine de la femme des valeurs elles-mêmes (1). En un mot, c'était une nécessité de fait et dans une matière où les solutions ont toutes cette même origine, elles doivent varier avec les situations qui les commandent. Mais à vrai dire, est-ce bien ainsi que la loi peut et doit s'interpréter ? Où voit-on dans le Code civil que l'inaliénabilité change de caractère au cas de séparation et où prend-on le droit de lui faire accomplir tant de transformations diverses et parcourir tant d'évolutions différentes ; inaliénabilité mobilière différente de celle admise en matière d'immeubles ; la première elle-même ne s'appliquant plus de la même façon aux rentes acquises en remploi et à celles dès le principe constituées en dot ; se trouvant enfin assimilée à la seconde après la séparation prononcée ; sur quels textes a-t-on fondé tous ces changements successifs ? Si l'on suppose qu'après la séparation le Code a entendu appliquer l'inaliénabilité individuellement à chacun des meubles, comment prétendre que le même intérêt

1. Aubry et Rau t. V. § 539 note 9. Cf. cass. 14 nov. 1846 Sir. 46. 1. 824. Req. rej. 29 juil. 1862 Sir. 63. 1. 443. D. 63. 1. 366. Nimes 21 juin 1821 (D J. G. t. 14 n° 3505) Grenoble 1er juil. 1830 (D. *eod. loc.*) Req. 3 fév. 1879. D. 79. 1. 241. Req. 27 avril 1880. D. 80. 1. 431.

Digitized by Google

de conservation des valeurs dotales prises en elles-mêmes n'ait pas dû exiger que la même solution fût admise d'une façon générale absolue (1)?

369. — Ce système d'ailleurs ne peut pas s'autoriser utilement de l'ancien droit dont les traditions cependant sont si précieuses dans toute cette matière. Celui-ci sans doute n'appliquait l'inaliénabilité qu'à la créance en reprises de la femme; la raison en est facile; c'est que les meubles étant devenus la propriété du mari, la dot mobilière pour la femme ne se trouvait plus représentée que par cette éréance en restitution d'une valeur numérique et que l'inaliénabilité ne pouvait plus avoir d'autre objet, ni se produire sous une autre forme. Un seul parlement, celui de Bordeaux, voyait dans le mari un simple administrateur; mais logique avec son système, il appliquait dès lors aux créances dotales, soustraites à l'empire de celui-ci la même inaliénabilité individuelle et absolue que pour les immeubles. Ceux qui expliquent de la même façon l'article 1549 devraient admettre aussi forcément que sur ce point ce sont les traditions du parlement de Bordeaux qui ont été acceptées par les auteurs du Code civil, et donner la même solution.

370. — Ainsi donc suivant nous, et d'après les règles de la plus étroite logique, les partisans de l'inaliénabilité qui se trouvent en même temps interpréter restrictivement les pouvoirs d'administration du mari, doivent donc aboutir fatalement à l'inaliénabilité absolue des valeurs dotales, sauf au cas d'exception prévus par des articles 1555, 1556, 1557, 1558 et suivants. Il est certain qu'une telle conclusion fait la part belle aux adversaires de l'inaliénabilité de la dot mobilière; car s'il en est ainsi, on arrive non-seulement à tourner les textes mais à les heurter de la façon la plus formelle. Il devient en effet bien difficile, si l'on admet l'inaliénabilité individuelle des meubles incorporels, d'expliquer la restriction de l'article 1554 qui ne parle que des immeubles. L'on a beau l'attribuer à un incident de rédaction occasionné par le changement d'opinion qui se produisit devant le Tribunat au sujet de l'inaliénabilité des immeubles, on ne saurait ainsi rendre compte que la même erreur se fût reproduite dans l'article 1558 et autres qui traitent des exceptions à l'inaliénabilité du bien dotal (2).

On arrive enfin à entraver d'une manière excessive la circulation des va-

1. Cf. Rodière et Pont. Cont. de Mar. III. n° 1773. Dal. V° Cont. de Mar. Vol. 14. n° 3424. 3430. Tessier. Trait. sur la dot, t. 1er, p. 285. Sirey: Tables générales. V° Dot. n° 428.

2. En admettant sur l'article 1554 un argument *a contrario* que nous avons plusieurs fois repoussé dans tous les articles qui défendent l'aliénation des immeubles aux administrateurs pour autrui, nous ne sommes pas en contradiction avec nous-même; dans tous ces cas l'argument avait pour effet d'établir une exception au droit commun qui défend aux administrateurs l'aliénation des meubles incorporels (art. 1988); sur l'article 1554 au contraire il a pour effet de rentrer dans le droit commun lequel permet au propriétaire d'aliéner les biens qui lui appartiennent et n'admet à ce principe que les exceptions formellement écrites dans la loi.

Digitized by Google

leurs dotales, puisque non-seulement on en soumet l'aliénation à l'autorité judiciaire, comme au cas de tutelle (loi de 1880). mais que l'autorisation de justice elle-même n'est plus libre et se trouve limitée à certains cas d'urgence plus étroitement déterminés que ceux indiqués par l'article 457 pour l'aliénation de l'immeuble pupillaire, et parmi lesquels ne se trouve même pas prevue l'hypothèse vague de nécessité absolue ou celle plus expresse de dépréciation du titre ou de menace de perte ; ce qui indique suffisamment qu'aucun des textes du Code n'a entendu se référer aux biens de cette espèce et que l'inaliénabilité n'a été organisée et prévue qu'en matière immobilière.

371. — Ainsi tout ce système de l'inaliénabilité est incohérent et plein de contradiction ; pour ceux qui admettent l'aliénation des valeurs dotales avec le concours de deux époux, les contradictions se produisent dans l'ordre des motifs indiqués et dans le domaine des solutions que présente l'application ; pour ceux qui écartent toute aliénation de ces mêmes valeurs, sauf les exceptions prévues en matière immobilière, la contradiction existe dans les textes. De telle sorte que si l'on pense, comme nous croyons l'avoir démontré, que le Code n'a pas entendu dans l'article 1549 remettre au mari seul l'aliénation des valeurs dotales, le système de l'inalienabilité se trouve rencontrer, de quelque façon qu'on l'applique et le comprenne, des difficultés réelles qui en compromettent fort la valeur théorique et la sécurité pratique. Les deux questions sont assurément indépendantes en raison ; au point de vue de la conciliation des textes, elles ont reciproquement l'une sur l'autre une influence manifeste ; aussi ne sommes-nous pas étonné que la jurisprudence ayant donné le pas à la question de l'inaliénabilité en soit arrivée à un certain moment à faire revivre même sous l'empire du Code l'ancien droit de propriété du mari sur les meubles dotaux ; elle a reculé d'un pas, et s'est arrêtée à la notion des pouvoirs absolus du mari ; c'était suffisant pour la sécurité de son système sur l'inaliénabilité ; mais là s'arrête la limite de son independance ; le jour où elle serait tentée d'interpréter différemment l'article 1549, il lui deviendrait fort difficile d'expliquer l'article 1554. Le point capital est donc bien de savoir laquelle des deux questions doit dominer l'autre ; de savoir si c'est l'article 1549 qu'il faut mettre d'accord avec l'article 1554 ; ou celui-ci qu'il convient d'expliquer d'après l'article 1549. C'est cette dernière marche que nous avons suivie ; on sera peut-être tenté de nous la reprocher en invoquant la prééminence en cette matière de la question d'inaliénabilité ; on rééditera peut-être le mot de M. Bellot des Minières : « Qu'est-ce que la dotalité, dit-il, c'est l'inaliénabilité. On me demande où est l'article qui prononce l'inaliénabilité de la dot mobilière. Avant de chercher cet article, je demanderai, moi, pourquoi on se marie

Digitized by Google

sous le régime dotal. Ce pourquoi, c'est la conservation de la dot... L'inaliénabilité est dans la dotalité ; sans l'inaliénabilité, point de dotalité. » Cette question en un mot est celle qui domine la matière ; celle des pouvoirs du mari n'est plus qu'un accessoire. Il peut se faire qu'il en soit ainsi dans l'opinion courante, et que le mot dot réveille à l'instant une idée de restriction des pouvoirs et de la capacité même de la femme ; on sait cependant que cette conséquence, qui n'avait pas été admise par le conseil d'État, n'a triomphé qu'après beaucoup de difficultés et que les rédacteurs du Code admettaient fort bien que la dotalité pût se comprendre sans l'inaliénabilité ; ils ont été sur le point de rejeter celle-ci complètement ; il serait donc possible qu'ils lui eussent fait une part restreinte. En tout cas, ce n'est pas en pareille en matière par des idées courantes qu'il est bon de se laisser guider, mais uniquement par la disposition et la suite des textes, seuls capable de nous révéler la pensée du législateur. Or la section III qui traite en même temps des droits du mari et de l'inalienabilité du fonds dotal, nous présentait en premier lieu et en tête un texte fondamental sur les pouvoirs du mari, puis une série d'articles relatifs à l'inalienabilité des immeubles ; comment serait-il permis de donner alors la priorité à l'inaliénabilité de la dot mobilière dont il n'est question nulle part d'une façon expresse ? Agir autrement eût été s'exposer à se laisser guider ensuite par des idées préconçues et se laisser imposer des solutions toutes faites. L'inaliénabilité porte atteinte aux droits de la femme et non aux pouvoirs du mari, ce n'est pas elle qui soustrait l'aliénation des immeubles au pouvoir du mari, l'article 1549 en donnant à celui-ci un simple mandat d'administration suffit à cet effet ; de même ce n'est pas elle qui doit décider de cette question en matière de meubles incorporels, l'article 1549 doit rester seul en cause. En un mot, si en fait l'influence de l'une des deux questions est à craindre, on ne pourra méconnaître que nous n'ayons accordé la priorité à celle qui juridiquement devait commander l'autre, puisque pour l'une il y a des textes susceptibles de fournir les élements de la solution et que pour l'autre il n'y a que des aperçus et des considérations.

372. — Aussi, en presence de ces difficultés et de tant d'inconséquences, il semble que nous soyons en droit de nous demander si la jurisprudence a absolument raison de persévérer dans la voie qu'elle s'est tracée. Incontestablement, oui, au point de vue des intérêts privés qui légitimement ont pu s'y confier comme dans un système législatif formellement établi ; mais au point de vue de l'intérêt purement scientifique et même de l'intérêt général qui à coup sûr s'accommoderait mieux d'une loi nouvelle que d'une jurisprudence quelque peu arbitraire dans ses applications et toujours susceptible de changement soudain ? A ce point de vue il peut y avoir doute. Les rai-

Digitized by Google

sons invoquées sont-elles donc bien solides? Sans doute en ancien droit, la majorité des Parlements était pour l'inaliénabilité de la dot mobilière; mais ce principe n'avait prévalu dans quelques-uns et entre autres dans celui de Lyon qu'après de fortes résistances. La vieille cité commerçante acceptait volontiers les mesures conservatoires de la propriété foncière, mais ne pouvait admettre l'incapacité de la femme de s'obliger sur ses derniers dotaux. Une ordonnance de Louis XIV de 1614 vint même rétablir la jurisprudence antérieure. D'autres Parlements semblent faire rattacher cette incapacité, en tant qu'elle se réfère aux meubles dotaux, aux souvenirs du sénatus-consulte Velléien. Partout des motif d'intérêt commercial, la nécessité de laisser aux valeurs et créances la puissance de circulation qui est de leur essence avait suscité quelques doutes sérieux et même quelques difficultés à l'encontre de l'inaliénabilité de la dot mobilière (1). Serait-il donc absolument étonnant que les auteurs du Code civil qui avaient repoussé d'abord le régime des pays du droit écrit et n'avaient admis qu'à regret l'inaliénabilité du fonds dotal, aient entendu restreindre cette incapacité au seul cas qui avait été de l'essence même du régime, le seul que la tradition ait toujours admis sans contestation depuis la loi Julia? Le tribun Albisson (2), après avoir promis à ses concitoyens du midi de leur conserver le régime de leurs pères tel qu'il avait toujours été pratiqué, ajoute ces paroles caractéristiques : « Ce régime n'avait pu éviter le sort de toutes les législations humaines qui s'usent, se *compliquent*.... d'où la discordance des opinions...., ce projet de loi le ramène à sa simplicité et à sa pureté originelles. » La question de l'inaliénabilité et de la dot mobilière n'était-elle pas de celles qui avaient été ainsi soumises à la variabilité et à la discordance des opinions, de celles qui étaient venues compliquer le régime primitif et en altérer la pureté originelle? Ramener ce dernier à sa simplicité première, n'était-ce pas revenir à la loi Julia, c'est-à-dire à la seule inaliénabilité de l'immeuble dotal? Quoi qu'il en soit, étant données les idées des législateurs sur les meubles en général, et leur importance pécuniaire, il serait étonnant qu'ils ne se fussent pas prononcés à leur égard, s'ils voulaient leur appliquer la garantie de la loi Julia. Cela eût été d'autant plus nécessaire que, quant à eux, l'inaliénabilité pouvait être, comme l'a admis la jurisprudence, d'une nature particulière; et que cette distinction, bien loin qu'on puisse l'induire du silence de quelques textes, demandait des explications fort explicites. Enfin, quant à l'assertion si souvent répétée que le régime dotal ne saurait se comprendre sans l'inaliénabilité absolue de tous

1. Sur la jurisprudence des Parlements en cette matière. Cf. Lescœur : *Rev. crit.*, t. 41, p. 380.
2. Locré, p. 6, 218.

Digitized by Google

les biens, était-elle absolument vraie à l'époque du Code civil, où la fortune mobilière avait l'importance restreinte que l'on sait? Ce régime pourrait si bien se comprendre sans l'inaliénabilité de la dot mobilière que M. Odier nous dit qu'à Genève cette conséquence du régime dotal a toujours été repoussée (1); et cependant dans cette ville commerçante plus qu'ailleurs les dots en deniers et valeurs devaient être les plus nombreuses. Ainsi, donc en nous plaçant au moment de la mise en vigueur du Code civil, nous croyons fort que ses rédacteurs n'ont pas entendu étendre à ce point l'incapacité de la femme dotale. A ce point de vue, donc, la jurisprudence nous semble avoir tort.

373. — En nous plaçant au point de vue des intérêts économiques actuels, a-t-elle absolument raison? Sans doute elle témoigne d'un essai de réaction intelligente; elle a marché avec l'esprit de l'opinion, et elle a tenté de se mettre d'accord avec les besoins nouveaux; y a-t-elle complètement réussi? Je n'oserais cependant pas avancer que le système qu'elle a établi soit beaucoup plus protecteur des interêts de la femme que celui que nous proposons et qui consiste uniquement à ne permettre l'aliénation des valeurs dotales qu'avec le concours des deux époux. Nous ne garantissons pas la femme contre ses propres entraînements et l'instinct généreux, pour ne pas dire souvent le sentiment de haute convenance et même de justice, qui peut la porter à subir sa part des pertes éprouvées par le mari, ou même lui conseiller de sauver l'honneur de la famille; cela est vrai; mais nous ne la livrons pas non plus sans défense à l'arbitraire du mari, administrateur de ses biens dotaux. La jurisprudence arme la femme contre elle-même et la laisse désarmée contre les abus de pouvoir de son mandataire. Elle lui défend de céder son hypothèque ou d'engager ses reprises, sans se préoccuper de lui assurer l'existence même de celles-ci et le moyen de les exercer; le mari vend les valeurs dotales, et n'a pas d'immeubles, il fait faillite et ne laisse qu'un actif absolument insuffisant, qu'importe à la femme que ses reprises ne puissent être le gage de ses créanciers, si elle-même ne trouve rien pour se désintéresser? Notre système lui permet au moins d'annuler la cession faite sans son consentement et de reprendre ses valeurs irrégulièrement aliénées. C'est donc en somme parce que ce système n'a pas atteint la perfection vraie que nous regrettons que son maintien puisse retarder une réforme plus complète et que dans ce cas le bien ne soit l'ennemi du mieux (2). Nous souhaiterions que le Parlement fût saisi de la question et suivant l'exemple du nou-

1. Odier. *Loc. cit.*, t. 3, n° 1240 et suiv.

2. Laurent, t. XXIII. Colmet de Santerre, t. 6, de Freiminville : *Des titres au porteur*, n° 57 bis.

Digitized by Google

veau Code italien ne permît l'aliénation des valeurs dotales qu'avec l'autorisation de la Chambre du conseil, sans limiter les cas ni les motifs pour lesquels cette autorisation pourrait intervenir. Cette mesure donnerait pleine satisfaction aux femmes désireuses de prendre contre elles-mêmes toutes les garanties qu'une haute prudence peut leur commander, et d'ailleurs n'entraverait pas plus la circulation de ces valeurs qui ne l'a fait la loi de 1880 pour les valeurs appartenant au pupille.

Clauses modificatrices des pouvoirs du mari relativement aux valeurs dotales.

374. — Dans notre opinion, la dot mobilière n'est pas inaliénable, et le mari ne peut aliéner les valeurs dotales que du consentement de la femme. Les clauses modificatrices de ses pouvoirs ne pourraient tendre qu'à leur donner plus d'étendue; elles pourraient aller même jusqu'à donner au mari les droits de disposition les plus extrêmes; nous n'avons rien à en dire. Mais dans le système de la jurisprudence, les clauses auxquelles nous faisons allusion auront un but tout différent ; elles tendront à réduire les pouvoirs extrêmes que la Cour de cassation accorde au mari. Nous devons par suite les étudier en partant du double principe qui prévaut aujourd'hui, que la dot mobilière est inaliénable de la part de la femme, mais non de la part du mari. C'est qu'en effet, il s'agit dans toute cette matière de questions d'interprétation de volonté ; voilà pourquoi, quelle que soit notre opinion personnelle, nous devons prendre pour point de départ le système admis par la jurisprudence : il a acquis une autorité égale à celle de la loi elle-même et c'est à lui seul que les parties ont entendu se référer et déroger, en introduisant dans leur contrat de mariage des clauses modificatrices du droit commun.

375. — *Clause d'inaliénabilité. Mention de dotalité.* — En dehors des clauses relatives au remploi, assurément les plus importantes en cette matière et auxquelles nous consacrerons un chapitre spécial, des modifications peuvent être apportées aux pouvoirs du mari par des clauses qui aient pour but uniquement et directement d'assimiler les valeurs à l'immeuble dotal. Elles peuvent avoir été formellement déclarées inaliénables sans autre condition. En ce cas l'alienation n'en pourra être permise que dans les circonstances prévues aux articles 1555 et suivants, ou pour les motifs contenus dans l'article 1538. Or, parmi ces motifs ne se trouve assurément pas la menace de dépréciation de la valeur ainsi immobilisée; aussi cette

Digitized by Google

crainte ne suffirait pas pour permettre aux tribunaux d'accorder leur autorisation. M. Buchère cite cependant un cas où l'autorisation a été donnée en vue d'un avantage incontestable (1) ; mais il n'ose approuver ouvertement cette jurisprudence. Lorsque la clause est à ce point formelle, il semble bien, en effet, que les époux aient entendu complètement assimiler leurs valeurs mobilières aux immeubles dotaux et que dès lors il n'y ait place pour aucune autre faculté d'appréciation en dehors des exceptions de l'article 1558. Aussi cette clause, à notre avis, nous semblerait extrêmement dangereuse eu égard aux biens auxquels elle s'appliquerait.

376. — La question véritablement délicate est celle de savoir si la simple mention de dotalité sur les titres de la femme produirait un effet analogue, si tout au moins elle aurait pour conséquence de soustraire les valeurs aux pouvoirs du mari. Cette mention n'a de valeur qu'en tant qu'elle constitue une clause nouvelle ou qu'elle résulte d'une convention comprise au contrat de mariage ; c'est ce qui arrive pour les titres constitués en dot à la femme et qui sont désignés au contrat comme devant être inscrits sous cette mention ; il en est de même pour ceux qui sont acquis en remploi de titres dotaux mentionnés comme tels. Mais nous croyons qu'après coup on ne pourrait, dans le système de la jurisprudence, faire inscrire cette mention sur des titres dont le mari devait avoir, d'après la théorie reçue, la libre disposition ; ainsi par exemple, sur des titres nominatifs résultant de la conversion des valeurs au porteur constituées à la femme dotale sans autre condition. On ne peut en effet modifier au cours du mariage les pouvoirs du mari sur les biens dotaux, ni changer les conditions de la dot. Dans ces circonstances, la mention de dotalité ne devrait avoir aucun effet en droit ; en fait elle aura celui d'entraver la circulation des valeurs qui en seront frappées ; car les compagnies exigeront un jugement pour le transfert ; mais à notre avis les tribunaux devront accorder leur autorisation sans examen, s'ils reconnaissent qu'il s'agit de titres qui d'après leur origine, et suivant le système de la jurisprudence, doivent être librement aliénés par le mari. Tel est le double danger de cette mention, c'est qu'elle est un obstacle de fait à l'aliénation, sans être toujours un obstacle de droit ; si bien qu'elle puisse retarder la cession de titres parfaitement aliénables, tandis qu'elle ne protège peut-être pas toujours suffisamment les titres qu'elle devrait couvrir. C'est ce dernier point que nous avons à examiner. Nous devons l'étudier ainsi en tant seulement qu'elle constitue une clause veritable ; par exemple en supposant qu'elle a été insérée en vertu des conventions matrimoniales sur des titres constitués en dot à la femme. Quel sera son effet, quel sens les parties ont-elles entendu lui attacher?

1. Buchère. Val. mob., n° 389.

Digitized by Google

377. — Cette mention ne fait-elle que confirmer le mandat ordinaire tacitement conféré au mari ou le modifie-t-elle? Il est certain qu'on doit l'entendre dans ce dernier cas sinon elle serait inutile (1). Sur le fait même qu'elle porte sur chaque titre individuellement, elle marque l'intention de la soumettre individuellement aux garanties de l'inaliénabilité et par suite de déroger sur ce point aux théories de la jurisprudence qui n'admet cette dernière qu'au regard de la femme et non en ce qui touche les pouvoirs du mari. Les parties ont assurément voulu engager la responsabilité des compagnies débitrices et des tiers acquéreurs ; puisqu'elles les avertissent d'un obstacle mis à la circulation de ces valeurs, mais quel sera au juste la portée de cet obstacle? là est la question. Ont-elles voulu dire par là que ces titres seraient absolument inaliénables, sauf les cas d'exception des articles 1555-1558? ou bien qu'ils pourraient être aliénés pour un motif indéterminé avec l'autorisation de la Chambre du conseil ? ou enfin ont-elles voulu simplement soustraire ces titres au droit de disposition du mari pour en permettre l'aliénation avec le concours des deux époux, sans les frapper individuellement d'inaliénabilité (2)? On pourrait, en faveur de la première interprétation faire le raisonnement suivant : le code expliqué par la jurisprudence ne reconnaît que deux sortes d'inaliénabilité : ou bien celle qui frappe les biens dotaux individuellement et n'en permet la disparition ou la transformation que dans les cas d'exception prévus par la loi, ou bien celle qui ne s'attache qu'à la créance en restitution ; de droit commun les valeurs dotales ne sont soumises qu'à cette dernière ; mais rien n'empêche les parties de les faire bénéficier des garanties plus complètes de la dot immobilière ; si donc par une mention quelconque elles ont témoigné de leur intention d'interdire l'aliénation de ces valeurs prises individuellement, cela ne peut s'entendre que d'une assimilation complète aux immeubles, et par suite d'une aliénation qui ne peut être permise que dans les cas où ceux-ci pourraient être régulièrement aliénés. Admettre de plus grandes facilités pour la cession des valeurs ainsi frappées d'inaliénabilité individuelle, ce serait créer, en dehors des textes, une troisième classe d'inaliénabilité et faire de l'arbitraire. En faveur de la troisième interprétation, on peut invoquer la nature même de ces valeurs qui répugne à l'idée d'une immobilisation absolue et l'intention présumée des époux d'en soustraire uniquement la négociation à l'arbitraire du mari.

378. — Nous pensons, quant à nous, que cette troisième opinion reste au-dessous des garanties que les époux ont entendu se ménager et que la

1. Contra. Buchère. *Val. mob.* n° 122 et 890.
2. Cf. Décret du 24 août 1793, art. 168. D. V° *Trésor*, vol. 42, p. 1102.

Digitized by Google

première les dépasse. Si l'on considère en effet l'affirmation de la dotalité comme impliquant en elle-même et par essence une restriction aux pouvoirs d'aliéner les biens auxquels elle s'attache, il est certain que, dans les idées qui ont dû présider à l'adoption du régime dotal, cette restriction doit atteindre avant tout les droits de la femme et que c'est contre elle que ces précautions ont été prises. D'un autre côté, n'admettre, sans autre désignation précise, l'aliénation des valeurs ainsi marquées que dans les cas d'exception applicables aux immeubles, c'est soumettre les meubles incorporels à un régime qui n'a pas été créé pour eux, et qui répugne à leur nature.

La jurisprudence, qui a si ingénieusement trouvé la notion de la seconde espèce d'inaliénabilité, ne peut assurément nous reprocher d'en créer arbitrairement une troisième. Le dilemne ne se pose pas en effet entre deux situations rigoureuses n'admettant aucun moyen terme; nous sommes au contraire dans une matière où toutes les conventions sont libres, et nous traitons d'une question d'interprétation de volonté; la femme a assurément voulu se lier les mains et s'enlever le droit de disposer, avec le concours de son mari, des valeurs dont elle est restée propriétaire; elle a voulu s'en remettre à la justice; mais son intention a-t-elle été d'interdire même à celui-ci, toute autorisation de vendre pour cause de menace certaine ou en vue de prévenir une ruine imminente? Il en sera ainsi si l'on n'admet d'autres motifs que ceux prévus dans l'article 1558. On reconnaîtra assurément que rien n'empêche les parties d'élargir l'énumération de cet article et de conférer au tribunal une plus large faculté d'appréciation. Et si l'on nous demande sur quoi nous fondons dans l'espèce cette interprétation de volonté, notre réponse sera facile; sur la nature même du bien soumis à la mention de dotalité, laquelle est incompatible avec la rigueur et les lacunes de l'énumération de l'article 1558, et réclame au moins l'application du principe plus large et plus sûrement protecteur de l'article 457, en matière d'aliénation de l'immeuble pupillaire. Aussi croyons-nous que jusqu'à preuve du contraire, c'est ainsi que doit être entendue l'intention des parties. Nous croyons que les époux, avec l'autorisation de la Chambre du conseil, pourront aliéner leurs titres ainsi frappés de dotalité, même en dehors des seuls cas d'exception mentionnés à propos des immeubles dotaux. Cependant la Chambre du conseil continue à se renfermer dans les limites de l'article 1558 (1). M. Buchère de son côté proclame hautement que cette mention ne change rien aux pouvoirs du mari (2). Quant à l'État il paraît que pour l'aliénation des titres de rente portant cette

1. Bertin. t. II, v° fév., mar., juil. n° 84, 10 juil. 1852, 3 déc. 1852, 23 fév. 1853, n° 95, 3 juil. 1849.

2. Buch. Val. mob. n° 122, et 390.

Digitized by Google

mention, il se contente du concours des deux époux, et cela par application du décret du 24 août 1793 art. 163 (1), qui exige que le transfert des rentes dotales soit précédé d'une déclaration signée du mari et de la femme. Les compagnies plus scrupuleuses exigent d'ordinaire une autorisation judiciaire. Nous croyons également avoir démontré que cette autorisation est nécessaire ; mais que ce serait dépasser le but que de la limiter aux seuls cas prévus par l'article 1558. Cette décision et cette pratique restreignent singulièrement la portée du système de la jurisprudence qui permet au mari seul l'aliénation des valeurs dotales. C'est en effet un usage aujourd'hui à peu près constant de faire inscrire sous la mention de dotalité les titres que la femme se constitue en dot. Il en résulte, comme nous venons de le voir, non seulement que le mari n'en a plus la libre disposition, mais que l'aliénation n'en peut être effectuée qu'avec l'autorisation de justice.

379. — *Réserve d'aliénation.* — La seconde clause que nous nous proposons d'examiner au point de vue des modifications qui peuvent en résulter, relativement aux pouvoirs du mari sur les valeurs dotales, est celle qui est connue sous le nom de réserve d'aliénation (cf. pour les immeubles, art. 1557). Nous la supposons en ce moment pure et simple et non compliquée d'une obligation de remploi. La femme s'est donc par hypothèse réservé dans son contrat de mariage le droit d'aliéner ses valeurs mobilières. En quoi cette clause peut-elle porter atteinte aux pouvoirs du mari? Dans le système de la jurisprudence qui admet l'aliénation par le mari des créances dotales, et ne restreint les droits de la femme que relativement à la cession de son hypothèque legale, ou de la créance en reprise, il semblerait que la clause ne dût porter que sur la prohibition dont la femme se trouve frappée et laisser intacts les pouvoirs du mari. Il a cependant été jugé que la clause laissait subsister l'incapacité de la femme au point de vue de son hypothèque, et de sa créance en reprises (2). Cela semble quelque peu étrange ; car il s'agit d'une exception au principe de l'inaliénabilité ; celui-ci doit donc être entendue au sens où la jurisprudence l'applique d'ordinaire. Suivant elle, ces valeurs eussent été de plein droit soumises au pouvoir de disposition du mari, mais la femme n'aurait pu s'engager sur le montant de la reprise, qui la représente, ni compromettre cette dernière ; c'est en cela que consiste pour elle l'interdiction d'aliéner ses valeurs dotales ; or, elle rejette cette prohibition et reprend ses droits ; c'est-à-dire qu'elle pourra désormais s'engager valablement sur la reprise à laquelle elle aura droit en représentation des valeurs apportées au mari ; la portée

1. Voir ce décret dans Dalloz, v° trésor public, t. 42, p. 1102.
2. Cf. Riom. 22 déc. 1846, D. 47, 2, 105.

Digitized by Google

de l'exception est indiquée par celle de la règle ; c'est ainsi au cas prévu par l'article 1557, lorsque l'immeuble dotal est déclaré aliénable, que la femme reprend exactement les droits qui lui étaient enlevés par l'inaliénabilité du droit commun. Pourquoi en matière de valeurs, une clause semblable n'aurait-elle pas un effet analogue? C'est, dit-on, que l'incapacité de la femme au sujet de ses reprises est l'essence même du régime dotal ; qu'elle est impliquée par l'adoption du régime lui-même et que ce serait une sorte de contre-sens que d'y apporter dérogation en dehors d'une déclaration expresse des parties. Cette prohibition relative à l'hypothèque légale ou aux reprises de la femme, semble en effet tellement indispensable, que si elle disparaît, le régime lui-même n'existe plus que de nom et a disparu avec elle. Elle subsiste donc tant qu'il est possible de donner un autre sens pratique aux clauses qui sembleraient en apparence lui porter atteinte.

C'est ainsi, suivant MM. Aubry et Rau, que cette incapacité persistante peut seule expliquer que l'on puisse stipuler l'aliénation des immeubles ; c'est que la restitution du prix n'en est pas moins assurée par le maintien rigoureux de l'intégralité des garanties personnelles ou hypothécaires qui appartiennent à la femme dotale. Il en est de même pour la clause qui nous occupe ; elle peut avoir, en dehors de la renonciation à l'incapacité admise relativement aux reprises de la femme, un sens très réel. Les valeurs dotales étaient en effet à la disposition du mari ; la femme en reprend l'aliénation ; cela veut dire qu'elle revendique ses droits de propriétaire et se reserve désormais de donner son consentement à la cession de ses titres mobiliers. Ceci n'affecte donc que le bien considéré en lui-même et ne touche en rien à la question des reprises. C'est une restriction aux pouvoirs du mari et non une atteinte à l'incapacité de la femme dotale ; elle participera aux aliénations de ses titres dotaux, mais le prix qui en proviendra continuera à être assuré à l'encontre même de ses propres engagements. En un mot, la jurisprudence n'admet pas que cette clause permette à la femme de compromettre son droit aux reprises ; mais après s'être ainsi prononcée sur le sens négatif de la clause, elle n'a pas eu à s'exliquer sur sa portée véritable ; de sorte que la question qui se posait relativement à la clause précédente se représente ici : ces valeurs déclarées aliénables le seront-elles du consentement des deux époux seulement ou ne pourront-elles l'être que sur autorisation de justice? On a été quelquefois tenté d'entendre la clause de cette manière ; c'est qu'en effet si la clause restitue à la femme le droit de consentir à la vente, elle ne lui rend pas, nous venons de le voir, la capacité de compromettre la restitution de ses valeurs dotales ; dès lors comment pourrait-elle valablement concourir à l'acte le plus dangereux à cet égard? Cependant la

Digitized by Google

chambre du conseil a constamment refusé son autorisation en pareil cas (1). Elle était guidée sans doute par la solution constante en matière d'immeubles stipulés aliénables en vertu de l'article 1557; la justice n'a pas à intervenir. L'analogie est cependant loin d'être complète; en ce cas en effet la clause a réellement pour but de faire échec au principe de l'inaliénabilité; la femme a repris quant à l'immeuble son entière liberté; s'il s'agit de valeurs stipulées aliénables, l'incapacité de la femme subsiste à leur égard; on n'a pas fait échec à l'inaliénabilité telle qu'elle leur était applicable, mais seulement aux pouvoirs du mari, tels qu'ils lui ont été conférés, dit-on, par l'article 1549. On voit que l'assimilation n'existe pas et que l'argument d'analogie ne suffit peut-être pas à expliquer le refus d'intervention de la chambre du conseil. Il faut en chercher la raison dans le caractère indéterminé de l'inaliénabilité de la dot mobilière, au sens où l'entend la jurisprudence; elle a pensé que cet obstacle n'était qu'une garantie mise en réserve pour le jour de la restitution; qu'elle ne visait que la valeur numérique de la dot mobilière et que c'est à ce jour seulement qu'elle viendrait s'opposer à tout engagement ayant pour but de réduire, amoindrir et compromettre cette valeur abstraite, que jusque-là elle n'affectait aucun des biens en particulier et en laissait l'aliénation libre soit du chef du mari seul, soit même avec le concours de la femme. Cette notion suffit assurément à expliquer la décision de la chambre du conseil; nous essayé de montrer plus haut en quoi elle nous paraissait inexacte et artificielle. Quoi qu'il en soit, la clause de réserve d'aliénation appliquée aux valeurs dotales est interprétée en ce sens, que ces valeurs pourront être aliénées par le mari du consentement de la femme et sans autorisation de justice (2) sans que la femme puisse compromettre la créance du prix ou celle de l'hypothèque qui lui en garantit la restitution.

380. — C'est ainsi qu'une exception aux principes de la dotalité aura le même sens que celui que nous avons vu attribué par quelques interprètes de la jurisprudence à la clause même qui affirme la dotalité. Cette solution se justifierait très bien au contraire dans le système de ceux qui admettent l'inaliénabilité absolue des créances dotales; l'inaliénabilité pour ces dernières ayant le même caractère que celle des immeubles dotaux, l'exception qui s'y trouve apportée a le même effet que celle permise par l'article 1557 en matière immobilière. Cette solution au contraire ne doit plus être admise par ceux qui, tout en reconnaissant l'inaliénabilité de la dot mobilière, exigent de droit commun pour l'aliénation des valeurs dotales le concours de la

1. Cf. Bertin, t. 2, n° 1080, et Jur. n° 42, 11 mai 1850.
2. Cf. Cass. 12 août 1839. D. J. G. t. 14, n° 3505.

Digitized by Google

femme ; ils ne sauraient accepter que la clause par laquelle la femme se réserve d'aliéner ses valeurs lui donne simplement le droit de consentir à leur aliénation, puisque suivant eux ce droit lui appartient en principe. Pour donner un sens à la clause, ils doivent forcément convenir qu'elle porte atteinte à l'incapacité de la femme elle-même et lui permet dès lors la cession de son hypothèque en tant qu'elle garantit les valeurs soumises à la clause dont il s'agit. Tout cela est bizarre, incohérent, et montre une fois de plus à quelles difficultés, à quels dangers on s'expose, lorsqu'on veut créer un système de toutes pièces en dehors des termes de la loi et que l'on prétend ensuite concilier les textes avec des hypothèses qu'ils n'ont pas prévues.

Pour nous, il nous reste à donner notre avis sur cette question dont l'obscurité résulte uniquement de la divergence, au point de vue de l'application, des différents systèmes qui admettent l'inaliénabilité de la dot mobilière. Il est bien certain qu'une semblable clause avait en vue, non pas les conséquences vraies du régime dotal telles que, suivant nous, le Code les a admises, mais seulement celles que la jurisprudence en a tirées : et c'est uniquement pour écarter ces dernières qu'elle a été insérée au contrat de mariage. La jurisprudence livre l'aliénation des valeurs dotales aux pouvoirs du mari et ne permet pas à la femme d'en compromettre la restitution ; or celle-ci a voulure prendre assurément la prérogative de ses droits de propriétaire que la jurisprudence lui enlevait ; a-t-elle voulu reprendre également son entière capacité et sa liberté non-seulement à l'égard du mari, mais à l'égard d'elle-même ; en un mot faire échec à la double solution de la jurisprudence, et non pas à la première seulement ? On sait que les tribunaux se refusent à l'admettre. Le motif qu'ils donnent est que sans l'incapacité pour la femme de céder son hypothèque ou de s'engager sur ses reprises le régime dotal n'a plus de sens. Nous avons déjà fait justice de cette exagération et montre ce qu'elle avait de contraire à la notion juridique de ce régime tel que les auteurs du Code civil l'ont comprise. Nous admettons sans doute que dans cette matière tout est d'interprétation étroite ; mais encore faut-il que l'interprétation soit exacte ; or elle est fausse si elle tend à diriger la clause dont il s'agit contre les pouvoirs du mari seulement et non contre les restrictions qui atteignent la femme elle-même dans son droit de disposition. Cette clause se présente en effet comme une exception au principe de la dotalité ; or celui-ci consistant avant tout dans l'incapacité dont la femme est frappée, la dérogation doit tendre à relever la femme de cette incapacité. On a voulu se soustraire à la jurisprudence en cours, pourquoi scinder l'effet de cette volonté et la rendre impuissante à faire échapper la femme, à la conséquence principale du système l'inaliénabilité ? Assurément

Digitized by Google

si elle eût voulu seulement reprendre le droit de concourir à l'aliénation, elle aurait stipulé que celle-ci ne pourrait avoir lieu que du consentement des deux époux ; au lieu de cela elle déclare se réserver le droit d'aliéner ses valeurs dotales, c'est-à-dire évidemment de les vendre, de les négocier, d'en opérer le transfert, ce qui est l'aliénation directe, mais également d'en consommer également l'aliénation indirecte les faisant servir à son crédit, et les donnant en gage à ses propres créanciers. Elle a voulu reprendre sa liberté, elle doit l'avoir tout entière. Notre solution serait donc que cette clause permet l'aliénation des valeurs avec le seul concours des deux époux et même autorise la femme à s'engager sur le prix lui-même qui en provient. Cette dernière conséquence explique ainsi que la femme étant entièrement, quant aux valeurs en cause, relevée de son incapacité, la Chambre du conseil n'ait pas à intervenir.

381. — C'est ainsi que dans l'état actuel de la jurisprudence nous croyons avoir fait une juste interprétation de la volonté des parties, en attribuant à la mention de dotalité l'effet de soumettre l'aliénation des titres à l'autorisation de justice et à la réserve d'aliénation de la part de la femme l'effet de soustraire celle-ci entièrement aux conséquences du principe de l'inaliénabilité appliqué à ses valeurs mobilières. Par la première clause elle aggrave le principe en l'appliquant à ses valeurs considérées individuellement, et par la seconde elle l'abroge et déclare vouloir y échapper. De sorte que par toutes deux les pouvoirs du mari, tels qu'ils lui sont reconnus par la jurisprudence, se trouvent considérablement restreints.

REMPLOIS

382. — Les questions relatives à cet objet doivent être traitées, comme nous l'avons fait en matière de communauté à deux points de vue différents : suivant qu'il s'agit de valeurs stipulées aliénables à charge de remploi, ou de valeurs acquises en remploi. Nous aurons à voir sur la première question en quoi l'obligation de remploi peut modifier les pouvoirs du mari relativement aux titres que la femme s'est constitués en dot ; nous examinerons ensuite ses effets relativement aux tiers qui auront participé à la vente ; et terminerons en indiquant à quelles conditions le remploi sera valable.

383. — *Valeurs stipulées aliénables à charge de remploi.* — § 1er. — La première question qui se pose relativement aux pouvoirs du mari, est de savoir si celui-ci continue à pouvoir aliéner seul les valeurs dotales sans le concours de la femme, sauf à celle-ci et aux tiers intéressés à poursuivre le

Digitized by Google

remploi des valeurs aliénées ; ou si la clause l'oblige à obtenir pour l'aliénation le consentement de la femme propriétaire. En matière immobilière la clause de remploi se présente en principe comme une simple restriction de la réserve d'aliénation stipulée par la femme ; cette dernière clause relève celle-ci entièrement de son incapacité; s'il s'y joint une obligation de remploi elle ne l'en affranchit que partiellement, c'est-à-dire sous la condition que le remploi soit effectué. La femme devient capable de consentir à l'aliénation de l'immeuble dotal, mais sous la condition essentielle que le prix soit employé à l'acquisition d'un autre bien susceptible de fournir un remploi valable. Cependant on a été souvent tenté de donner une autre portée à la clause de remploi et d'y voir une sorte de mandat implicite conféré par la femme au mari non seulement en vue d'effectuer le remploi, mais de réaliser la vente à son gré pourvu qu'il remplisse ensuite la condition exigée. En un mot la femme, sur la garantie du remploi qui doit intervenir, se désintéresse de l'exercice de ses droits sur ses immeubles dotaux et s'en décharge sur le mari administrateur de la dot (1). A notre avis on a été trop facilement porté à sous-entendre cette extension des pouvoirs du mari dans la simple clause de remploi en matière immobilière. La doctrine en cette question semble avoir été en quelque sorte dominée par l'ancienne idée du mari propriétaire de la dot et la théorie régnante sur l'indépendance qui doit exister entre l'administration du mari sur les biens dotaux et celle de la femme sur les paraphernaux. Si bien que l'inaliénabilité ayant été regardée par certains auteurs presque comme une dérogation aux pouvoirs du mari, on en a conclu que, celle-ci disparaissant, la présomption reste en faveur des droits de disposition du mari quasi-propriétaire de la dot. D'ailleurs du moment que l'immeuble devient aliénable, ce régime étant par essence hostile à l'intervention de la femme dans l'administration relative aux biens dotaux, il est naturel, dit-on, de supposer que cette dernière a entendu remettre au mari le pouvoir de l'aliéner. A notre avis rien n'est plus faux que cette conclusion d'après les idées du Code civil ; nous avons repoussé les deux prémisses sur lesquelles cette doctrine est fondée. Aussi croyons-nous qu'à moins de clause formelle conférant ce mandat au mari, la présomption doit rester en faveur des droits du propriétaire, et que par conséquent en principe l'immeuble ne serait aliénable que du consentement de la femme.

En sera-t-il de même s'il s'agit de valeurs dotales ? Nous devrons ici arriver à une conclusion absolument opposée; et cela vient de ce que la règle à laquelle la clause de remploi a pour but de déroger est exactement le contraire de celle visée par l'obligation de remploi en

1. Cf. Benech, des remplois sous le régime dotal, n° 74, 79.

Digitized by Google

matière immobilière. Dans ce dernier cas l'inaliénabilité frappe le bien en lui-même et le mari n'a pas de droit commun le pouvoir d'en disposer ; au contraire, s'il s'agit de valeurs, elles ne sont plus inaliénables individuellement et le mari a en principe le droit de les vendre à son gré. La présomption restera donc en faveur des droits du mari, à moins d'indication formelle qui les supprime. Le mari avait mandat suffisant pour aliéner la dot mobilière, et par suite les valeurs qui la composent : il est stipulé que ces dernières ne seront aliénables qu'à charge de remploi ; cela ne change rien aux pouvoirs du mari et lui impose seulement une obligation subsidiaire, celle de faire emploi du prix. La présomption changerait, si la clause portait formellement que la femme se réserve d'aliéner ses valeurs dotales à charge de remploi ; elle aurait alors manifesté clairement son intention de concourir à la vente et de restreindre ainsi les pouvoirs généraux que la jurisprudence reconnaît au mari. La présomption est donc inverse de celle admise en matière d'immeubles ; pour ceux-ci le principe reste en faveur du concours de la femme sauf mandat expressément conféré au mari ; pour les valeurs, la règle est en faveur de la liberté de disposition du mari, sauf réserve formelle du consentement de la femme. Nous devons signaler une autre différence dans les résultats de cette clause suivant qu'elle a pour objet des immeubles ou des valeurs mobilières. Dans le premier cas elle est vraiment ce que ses termes indiquent, une exception à l'inaliénabilité dotale; dans le second, bien qu'elle se présente sous la même apparence, elle se trouve avoir un effet tout opposé, en ce sens qu'elle crée au contraire un obstacle à l'aliénation qui de droit commun était libre ; elle frappe ces valeurs prises individuellement d'une sorte d'inaliénabilité partielle. Soit qu'elle déroge ou non aux pouvoirs du mari, elle a pour but, nous le verrons, de soumettre la validité de la vente à la condition du remploi ultérieur du prix ; or en règle générale l'aliénation de ces valeurs n'éprouvait aucune entrave; cette exception apparente à l'inaliénabilité aboutit au contraire à une aggravation du principe tel qu'il est admis en matière mobilière. C'est encore là une des surprises auxquelles devait conduire le système de la jurisprudence et que devait produire la notion un peu arbitraire qu'elle a admise au sujet de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Ce renversement des termes et presque du sens ordinaire des choses ne rappelle-t-il pas ces paroles de Montaigne : « Pourquoy est-ce que nostre langage commun, si aysé à tout aultre usage, devient obscur et non intelligible en contrat et testament, et que celui qui s'exprime si clairement, quoy qu'il die et escrive, ne treuve en cela aulcune manière de se déclarer qui ne tumbe en doubte et contradiction? si ce n'est que les princes de cest art, s'appliquants d'une péculière attention à trier des mots solemnes et former des clauses ar-

Digitized by Google

tistes, ont tant poisé chaque syllabe, espeluché si primement chasque espèce de couture que les voylà enfrasqués et embrouillés en l'infinité des figures, et si menues partitions qu'elles ne peuvent plus tumber soubs aucun réglement et prescription, n'y aulcune certaine intelligence (1) ? »

Dans notre espèce n'est-ce pas la jurisprudence elle-même qui pour avoir été trop *artiste* dans la conception de son système se trouve quelque peu *enfrasquée et embrouillée en l'infinité des figures* et arrive ainsi à faire dire aux mots le contraire de ce qu'ils expriment? Cette contradiction ne se présenterait plus pour ceux qui admettent l'inaliénabilité absolue de la dot mubilière ; nous croyons alors qu'ils devraient accepter l'assimilation complète avec la situation faite aux immeubles et déclarer en principe que la présomption, sauf mandat exprès conféré au mari, reste en faveur de la nécessité du consentement de la femme.

384. — La seconde question qui pourrait se présenter serait de savoir, si outre le consentement de la femme dans les cas où il est exigé, le mari doit obtenir l'autorisation de justice. Cette prétention a été rejetée, et avec raison, même en matière immobilière. La femme reprend en effet sa capacité sous une condition qui devra être ultérieurement remplie ; dès lors la justice n'a plus à intervenir ; la femme est dégagée des entraves qu'elle s'était imposées ; elle est propriétaire, donc elle est libre ; ce principe a été également reconnu en matière de valeurs dotales. La Chambre du conseil s'est plusieurs fois déclarée incompétente (2). Cependant sa jurisprudence est loin d'être constante en cette matière ; c'est en effet un usage très fréquent de s'adresser à elle en matière de remplois ; et il lui est arrivé souvent d'intervenir et de donner ainsi son avis ; de quel autre nom en effet appeler cette autorisation irrégulière, pour ou contre le remploi proposé. Elle-même a plus d'une fois témoigné de l'importance restreinte qu'elle accordait à sa décision (3) ; il est certain qu'étant donnée dans un cas où pour aucun doute elle n'est pas légalement requise, elle ne saurait avoir pour effet de consolider à l'encontre des intéressés un remploi qui pourrait être ultérieurement jugé irrégulier, ou un acte excédant la capacité réelle de la femme dotale. En agissant ainsi la Chambre du conseil a été surtout guidée par un but d'intérêt pratique et s'est trouvée assumer un rôle auquel la réduisait les exigences de certaines compagnies et les incertitudes de la doctrine à ce sujet. Les compagnies, quelquefois les agents du transfert, exigent une autorisation de justice ; le titre lui-même est frappé de dotalité ; cette mention a pour résultat en fait de l'im-

1. Montaigne. Essais, liv. III, ch. XIII.
2. Bertin : t. 2. n° 1080 juil. n° 43. 21 juil. 1854, 3 juin 1853.
3. Bertin, *loc. cit.*, n° 1083 et notamment jugement du 30 avril 1852.

Digitized by Google

mobiliser et de le rendre suspect aux yeux des intermédiaires chargés de la vente des valeurs et effets publics; de plus ces derniers peuvent croire dans ce dernier cas surtout leur responsabilité engagée à la validité du remploi et dès lors ne veulent l'accepter que sur autorisation de justice. Cette dernière intervient donc uniquement afin de ne pas rendre la vente absolument impossible en fait. Mais ces incertitudes, ces divergences, ces entraves inutiles et ces formalités qui n'assurent et ne garantissent rien en droit, n'en sont pas moins un système dangereux et tout au moins fort mauvais. La tendance dernière constate cependant un essai de réaction de la part de la Chambre du conseil, qui se montre aujourd'hui assez rigoureuse pour intervenir à ce sujet.

D'où il suit que la vente sera valablement accomplie en ce qui regarde ses conditions intrinsèques lorsqu'elle aura été faite, suivant la distinction que nous avons admise, soit par le mari souverain administrateur de la dot mobilière, soit du consentement de la femme dans les cas où la nécessité d'y recourir se trouve impliquée dans la clause de remploi. Reste à savoir si sa validité ne dépend pas en outre de certaines conditions extrinsèques, c'est-à-dire de l'accomplissement de l'obligation de remploi. Nous touchons ainsi non plus seulement à la question des pouvoirs du mari, mais à la responsabilité des tiers qui ont participé à la vente; ce doit être l'objet de notre second paragraphe.

385. — § 2. — La question de savoir si le sort de la vente d'un immeuble dotal dépend de l'exécution du remploi a soulevé de grosses difficultés. Jusqu'en 1842 (1) époque où pour la première fois la Cour de cassation fut appelée à se prononcer sur ce point, la doctrine et les tribunaux étaient unanimes à reconnaître que le sort de la vente et sa validité dépendaient, non-seulement à l'égard du mari mais à celui des tiers acquéreurs, de l'exécution du remploi. C'est qu'en effet le remploi est la condition même de la validité de l'aliénation, puisque ce n'est que sous la garantie de cette clause qu'il a été fait exception au principe d'inaliénabilité; comme on décidait d'autre part que le remploi ne pouvait plus être utilement effectué après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, la femme pouvait toujours, après l'un de ces deux événements, demander la nullité de la vente pour défaut de remploi. Il en était ainsi quand intervint un arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1853 (2) qui, dans un cas où le remploi n'avait pas éte effectué avant la dissolution du mariage, rejeta l'action en nullité de la femme sur

1. Cas. 27 avril 1842. D. 42. 1. p. 234.

2. Cas. 20 juin 1853 J. Pal. 54. t. 2, p. 327 et la note de M. Pont. D. 53. 1. 265 et la note. Cf. Rodière et Pont. t. 3. n° 1844.

Digitized by Google

l'offre du tiers acquéreur de payer le prix une seconde fois. La théorie, telle qu'elle avait été conçue jusqu'alors, s'en trouva quelque peu ébranlée; on se demanda si le remploi pouvait encore être utilement accompli après la dissolution du mariage, si dans ce cas tout au moins les tiers pouvaient échapper à l'action en nullité tout en offrant de payer le prix à nouveau. Depuis il est vrai la jurisprudence est revenue pleinement au système précédent et il est aujourd'hui constant que, si le remploi n'a pas été effectué avant la restitution de la dot, la femme est en droit de faire révoquer la vente (1). Si nous avons cru devoir citer ces variations de la jurisprudence, c'est que l'arrêt du 20 juin 1853 semble poser le principe d'une distinction qui pourrait trouver assez fréquemment son application en matière de remploi imposé comme condition de la vente des valeurs dotales. Il statuait en effet pour le cas où la clause réserve à la femme le droit de réaliser elle-même l'aliénation à charge de remploi. L'ancien droit admettait déjà en pareil cas une différence (2) qui semblait basée sur cette idée que la vente ayant été consentie par la femme propriétaire, elle se trouvait valablement effectuée, sauf la responsabilité des tiers relativement au paiement du prix. La vente est ferme, mais l'acquéreur qui paie imprudemment sans s'assurer du remploi, peut être exposé à payer deux fois. Lorsqu'au contraire l'aliénation reste au pouvoir du mari, comme elle est le fait d'un mandat, on peut comprendre qu'elle ne soit valable que dans la limite des pouvoirs du mandataire; or, ce mandataire n'a reçu pouvoir de vendre qu'à la condition de faire remploi du prix. De plus, dans ce dernier cas le mandat expirant avec la séparation de biens ou la dissolution du mariage, on comprend que le remploi ne puisse plus être utilement effectué, la femme ne s'en étant plus réservé le droit (3).

Cette distinction nous permettrait d'appliquer une solution différente suivant l'une des deux formules dont notre clause est susceptible. Mais de l'avis de la plupart des auteurs cette solution a été rejetée Le remploi n'est pas seulement la condition du mandat dont le mari est investi, il est avant tout la condition de la capacité restituée à la femme dotale ; il est faux d'ailleurs que celle-ci, lorsque la clause lui réserve la faculté d'effectuer la vente et d'en opérer le remploi puisse être admise à réaliser celui-ci utilement même après la dissolution du mariage, puisqu'il n'y a plus alors de dotalité et que les biens qu'elle acquerrait ne sauraient avoir la qualité de biens dotaux. Donc, quels que soient les termes de la clause de remploi, la femme a toujours le droit de

1. Colmet de Santerre et Benech. *loc. cit.* n° 88. Aubry et Rau. *Contra* : Rod. et Pont t. 3. n° 1844. Cf. Req. Cass. 17 déc. 1855. D. 56, 1. 171. Sir. 56. 1. 201.

2. Arrêts rendus par la Grande Chambre du 9 mai 1781 et 22 avril 1783.

3. Cf. La note de Dalloz sous l'arrêt du 20 juin 1853.

Digitized by Google

poursuivre la nullité de l'aliénation accomplie sans que celui-ci eût été effectué, et ce droit lui appartient dès que le remploi ne peut plus être utilement opéré, c'est-à-dire à l'évènement qui donne lieu à la restitution de la dot. Ces principes sont en tout pleinement applicables aux cessions, transports et transferts des valeurs dotales stipulées aliénables à charge de remploi.

386. — Nous devons noter au point de vue de la responsabilité des tiers une différence pour le cas où il s'agirait non plus du remploi d'un prix de vente, mais de l'emploi de deniers dotaux, ou, ce qui revient au même, de valeurs dotales déposées entre les mains d'un tiers et qui ne doivent être touchées par le mari qu'à charge d'emploi. La jurisprudence avait généralement admis que le tiers débiteur des deniers, à moins de clause qui lui impose d'en suivre le placement, n'est plus responsable comme le serait le tiers débiteur d'un prix de vente. L'assimilation qui avait été consacrée par un arrêt de 1841 se trouve en effet avoir été formellement rejetée en 1854 (1). Ce dernier arrêt est important en ce qu'il statue en termes susceptibles de rejaillir sur le remploi lui-même lorsqu'il s'applique aux valeurs dotales et par suite d'établir une distinction entre ce cas et celui où le remploi s'applique aux immeubles. Il se base en effet sur ces deux prémisses ; d'abord que les meubles dotaux considérés individuellement ne participent pas de droit commun aux garanties de la dot immobilière et ensuite que le mari, en vertu de l'article 1549, est investi du droit de recouvrer les deniers qui sont entre les mains des débiteurs de la dot, que ces derniers doivent payer au mari et sont valablement libérés en recevant de lui quittance en due forme. Dès lors, ajoute l'arrêt, pour faire exception complète à ces règles de droit commun il ne suffit pas d'une simple clause d'emploi, il faut que celui-ci insiste en propres termes sur la responsabilité des tiers et que ceux-ci aient été avertis de l'obligation nouvelle qui leur incombait. Or, s'il en était ainsi, ne serions-nous pas en droit de poursuivre : les valeurs dotales elles-mêmes ne participent pas individuellement aux garanties de l'inaliénabilité ; par conséquent lorsqu'une clause de remploi vient, par exception, leur en assurer le bénéfice partiel il faut l'interpréter d'une façon restrictive et ne lui donner effet contre les tiers acquéreurs que si les termes de la clause ont pu les avertir de la responsabilité nouvelle qui leur était imposée ; enfin ces valeurs restent, du moins en principe, à la disposition du mari, l'article 1549 donne à celui-ci le droit de les aliéner aussi bien que celui de poursuivre et recevoir le montant des deniers dotaux, on ne peut donc, à moins

1. Cass. 9 juin 1841, D. 41, 1,257 ; Cass. 7 nov. 1854, D. 55, 1, 26. Cf. Grenoble, 28 juill. 1865. D. 65, 2, 205.

Digitized by Google

de clause formelle, aggraver la responsabilité des tiers qui de droit commun voient dans le mari un mandataire aux pouvoirs les plus étendus ; cette assimilation ne serait-elle pas exacte ? Et dès lors n'aurions-nous pas le droit de nous demander, au moins pour le cas où la clause de remploi laisse la vente à la disposition du mari, si les tiers sont encore responsables du défaut de remploi ?

387. — Tel était l'état de la question lorsqu'intervint relativement à la clause de remploi en matière de valeurs dotales une décision qui trancha à la fois la double question qu'avait soulevée l'arrêt de 1854. La Cour de Paris, par arrêt du 2 janvier 1858, reconnut en effet la responsabilité des tiers détenteurs ou débiteurs de la dot mobilière soumise à l'obligation d'emploi, et consacra sans réserve ni distinction celle des tiers acquéreurs des valeurs dotales stipulées aliénables à charge de remploi (1).

Nous croyons ce système exact en droit, et repoussons entre les deux cas toute distinction relative à la responsabilité des tiers. Le débiteur de la dot a dû consulter le contrat de mariage aussi bien que l'acquéreur de valeurs dotales ; et tous deux ont vu que les pouvoirs du mari n'étaient plus ceux qui lui étaient attribués, ou du moins que la jurisprudence lui attribue, d'après l'article 1549. Il n'a mandat de recevoir les deniers dotaux qu'à charge d'en faire emploi, de même qu'il ne peut vendre les titres qu'en effectuant le remploi du prix ; les tiers qui dès lors participent aux actes de ce mandataire sont avertis de la condition nouvelle mise à leur validité ; ils doivent par conséquent dans l'un et l'autre cas veiller à ce qu'elle soit accomplie. De ce que la dot mobilière n'est pas individuellement soumise à l'inaliénabilité, il ne s'en suit nullement que si les parties l'assimilent sous ce rapport à la dot immobilière, il n'y ait par le fait même, et sans autre condition, analogie complète. C'est ainsi du moins, que doit s'interpréter la volonté des parties. Nous devons ajouter, cependant que dans le cas où, comme dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, les mêmes valeurs se trouveraient être à la fois l'objet de deux clauses, la responsabilité des tiers acquéreurs de valeurs dotales serait plus étroitement engagée que celle des detenteurs des mêmes valeurs, et que ces derniers ne pourraient être poursuivis que subsidiairement. C'est ainsi que des actions déposées à la Banque de France ayant été stipulées alienables à charge de remploi, la banque, en sa qualité de tiers détenteur de valeurs dotales soumises à l'obligation d'emploi, ne fut déclarée responsable qu'en sous-ordre et subsidiairement à l'acquéreur de ces actions. La Compagnie dépositaire n'avait en effet qu'un intervention purement passive de négociation, et ne pouvait du reste, sui-

1. D. 58, 2, 4.

Digitized by Google

vant les termes mêmes de l'arrêt s'opposer à une vente qui se trouvait indispensable pour l'exécution de la condition d'emploi.

388. — En dehors des tiers détenteurs des actions dotales ou des tiers acquéreurs, la responsabilité pour défaut d'emploi ou de remploi s'étend-elle aux intermédiaires de la vente et entre autres à l'agent de change dont le ministère est requis pour le transfert? On l'avait prétendu dans l'espèce soumise à la Cour de Paris. Il a été répondu avec raison qu'en vertu de l'article 15 de l'arrêté du 27 prairial an X, cet officier public a mission seulement de certifier l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et des pièces remises aux agents du Trésor; que par conséquent il n'est pas responsable de la capacité légale des parties contractantes. C'est qu'en effet l'agent de change n'intervient plus au transfert au même titre qu'il le fait dans la négociation même des valeurs et effets publics; dans ce dernier cas il est mandataire responsable; il est personnellement obligé à livrer une rente dont la transmission ne puisse être soumise à aucun recours. Au cas de transfert les parties en cause ou leur fondé de pouvoir s'adressent directement au Trésor, et l'agent de change n'est chargé que de vérifier et certifier les trois points mentionnés ci-dessus; en dehors de cela, il ne garantit plus la validité du transfert et n'a pas à rechercher les causes qui peuvent en menacer l'existence du chef du vendeur. Il est bien entendu que cette solution se trouverait modifiée si le titre faisait mention de l'incapacité, ou dans le cas qui nous occupe, de la condition mise à la validité de la vente, et par conséquent portait la mention de dotalité avec cette clause qu'il ne pourrait être aliéné qu'à charge de remploi. La responsabilité de l'agent de change ne dériverait pas alors de l'arrêté de prairial an X, mais du principe général écrit dans l'article 1382 (1).

389. — § 3. — Puisque la validité de la vente effectuée par le mari dépend de l'exécution du remploi, il est donc nécessaire de connaître les conditions auxquelles celui-ci sera valablement effectué. Ces dernières peuvent être relatives aux formes où à la nature du bien acquis en remploi. La seule question que nous ayons à nous poser au premier point de vue est celui de savoir si le remploi peut être imposé à la femme, ou s'il exige, comme en matière de communauté, l'acceptation de cette dernière. C'est là une question qui rentre au premier chef dans celle des pouvoirs du mari administrateur des valeurs dotales, puisqu'il s'agit de savoir, à défaut de déclaration expresse à ce sujet, si la femme a entendu lui donner mandat d'acheter pour elle les biens qui doivent être substitués à ceux qu'il a aliénés, sous réserve assuré-

1. Cf. Buch. Val. mob. n° 992 et suiv. Dot. V° Bourses de com. n° 367. Cf. Cass. 8 août 1827. Sir. 27, 1. 425.

Digitized by Google

ment que les biens acquis soient de nature à constituer un remploi valable. Ici encore on a été tenté de distinguer entre les deux formules de la clause de remploi (1). Si le mari a été investi du droit d'aliéner seul les valeurs dotales, le mandat qui lui a été donné à ce sujet est censé comprendre celui d'effectuer seul le remploi, si au contraire la vente exige le concours de la femme, comme en ce cas il n'y a plus mandat spécial conféré au mari, mais au contraire, en matière de valeurs mobilières, restriction à ses pouvoirs ordinaires, il est bien certain que celui-ci ne saurait imposer à la femme un remploi qu'elle n'aurait pas accepté. La clause l'oblige uniquement à présenter à l'acceptation de la femme une acquisition susceptible de former un emploi régulier.

Si cette distinction était admise, comme, en matière de valeurs dotales, nous avons reconnu que l'interprétation ordinaire de la clause laissera l'aliénation à la disposition du mari, nous devrions en conclure que le plus souvent ce dernier resterait maître du remploi. Il semble que nous devrions être d'autant plus disposé à l'admettre que Pothier, même en matière de communauté (2), reconnaissait qu'en vertu d'une ordonnance de 1720 le remploi du prix des rentes propres à la femme pouvait être fait en billets de la Banque Royale sans que l'acceptation de la femme fût nécessaire. Était-ce là une disposition fondée sur le crédit que l'on attribuait aux valeurs de l'État; est-ce une décision de circonstance destinée à favoriser le placement des billets d'émission; est-ce au contraire l'application d'un principe économique exigeant que le remploi des meubles incorporels soit a la discrétion du mari? Il est certain que de ces trois motifs le second est le seul vrai. Quelle que soit la sécurité des billets d'État, et l'on sait ce qu'elle était alors, on ne peut en imposer l'acquisition à celui qui préfère les garanties de la propriété foncière; et d'un autre côté on ne peut se fonder sur la nécessité de circulation rapide des valeurs mobilières pour admettre que la femme puisse se désintéresser des acquisitions qui ont pour objet de les remplacer dans son patrimoine; cette observation nous permet ainsi d'aborder de front la distinction proposée.

390. — Quand la femme a donné, ou plutôt laissé au mari, le droit d'aliéner ses valeurs dotales, on argue de la confiance qu'elle lui a témoignée pour prétendre qu'elle s'en est remise à lui du soin des acquisitions destinées au remploi. Elle n'a pas voulu rester juge de l'opportunité de la vente, comment prétendre qu'elle ait voulu l'être de l'utilité de l'achat proposé? Ce système est toujours la conséquence de cet esprit dominant si disposé en

1. Cf. Rod. et Pont, t. 3 n° 1842.
2. Pothier, com. n° 202.

Digitized by Google

toute cette matière à faire bon marché des droits de la femme propriétaire et à supposer, sous prétexte de l'indépendance de la gestion du mari, sa plus complète abdication. A coup sûr, cette idée se rencontre dans une mesure restreinte : mais poussée dans ses conséquences extrêmes, elle se heurte aux principes nouveaux admis par le Code civil en matière d'administration. Tout mandat doit être restreint dans ses termes stricts, cela surtout quand il s'agit d'acte de propriété et l'achat est un acte de ce genre. Or dans notre hypothèse le mandat ne comporte que la vente ; et encore cette vente qui d'ordinaire était permise sans condition, il la soumet désormais à l'accomplissement d'une formalité rigoureuse. Le mandant déclare que désormais il ne permet plus l'aliénation que sous une condition, c'est que la valeur cédée soit remplacée par un bien analogue qui puisse en tenir lieu dans son patrimoine ; or qui sera juge de cette équivalence? Le mandataire seul? C'est contre toute vraisemblance. L'intérêt du propriétaire se trouve engagé plus encore dans l'achat qu'il ne l'était dans la vente elle-même. M. Benech (1) a parfaitement démontré que cette idée de mandat admise à un certain moment en ancien droit avait fini par disparaître complètement, que pour des raisons spéciales la clause de remploi était devenue obligatoire dans des circonstances qui excluaient par elles-mêmes toute idée de mandat ; et qu'ainsi s'était établie la doctrine générale, absolue dans l'ancienne jurisprudence que toujours, dans tous les cas, l'acceptation de la femme était nécessaire.

391. — Les seuls arguments de texte invoqués sont extraits du silence de l'article 1553 qui ne parle pas de l'acceptation de la femme, et d'une induction tirée du même article et d'où il résulte que l'immeuble acquis en remploi se trouve avoir le caractère de dotalité : s'il est dotal, c'est, dit-on, qu'il est acquis à la femme sans autre condition. Cette conclusion est certes fort hasardée. L'article 1553 n'a eu d'autre but que d'indiquer dans quels cas les immeubles acquis durant le mariage pourraient être dotaux et il cite celui où l'immeuble proviendrait du remploi ; mais il n'a nullement la prétention de statuer sur la validité du remploi lui-même. Quant au silence du même article relativement à l'acceptation de la femme, il s'explique en ce que le Code n'entend pas faire à cette place une théorie des remplois ; il n'en parle même qu'en les sanctionnant d'une façon incidente qui, suppose connues les conditions exigées pour la validité de l'acquisition et prouve par conséquent que les principes doivent être exposés ailleurs, au siège de la matière. C'est là en effet que le Code les a indiqués, aux articles 1424 et 1425. Il peut sans doute y avoir, au point de vue du remploi sous les deux régimes,

1. *Loc. cit.* n° 41.

Digitized by Google

des différences quant aux effets ; il ne peut pas y en avoir quant aux conditions de forme. On prétend que au cas de communauté le mari est *negotiorum gestor*, car le remploi ne lui a pas été ordonné ; que au cas de dot il est mandataire en vertu de la stipulation de remploi; cela est faux : cette dernière stipulation l'oblige au remploi en tant qu'administrateur des biens de la femme, mais ne lui donne pas procuration suffisante pour imposer à celui-ci, sous prétexte de remploi, des acquisitions quelconques, qui peuvent lui être fort désavantageuses. S'il en était ainsi il faudrait dire que même en matière de communauté, lorsque le remploi n'est plus facultatif, la stipulation qui s'impose vaut également mandat suffisant à l'effet de supprimer l'acceptation de la femme ; ce qui est inadmissible. Les articles 1424 et 1425 se rapportent au cas de remploi facultatif parce qu'il est le plus fréquent sous le régime de communauté ; tandis qu'il est impossible sous le régime dotal ; mais pour être conventionnel le remploi ne change pas de caractère ; dans tous les cas il faut prouver, pour supprimer l'acceptation de la femme, le mandat exprès ; et c'est ce que la clause est loin d'indiquer (1).

392. — Le second point de vue auquel nous devions étudier les conditions de validité du remploi est relatif aux biens susceptibles d'être employés comme tels. On sait en effet que sous le régime qui nous occupe, la dotalité des acquêts est l'exception ; et la règle est qu'on ne peut durant le mariage augmenter la dot ni même modifier la condition des biens dotaux. Ce n'est donc pas tout bien acquis en remploi qui peut devenir dotal ; il faut qu'il soit dans un certain rapport avec le bien aliéné ; et ce rapport consistera en ce que sa nature soit presque identique à celle du bien qu'il remplace ou mieux qu'il remplisse actuellement la place que ce dernier occupait dans le patrimoine de la femme. Il semblerait donc que des immeubles ne pussent être remployés que par des immeubles, des valeurs par des valeurs. Ce principe semble s'imposer d'autant plus que la différence est profonde entre la situation faite par la jurisprudence entre ces deux catégories de biens dans le patrimoine dotal ; les uns étant inaliénables en eux-mêmes, les autres ne l'étant que dans la créance éventuelle qui les représente, ceux-ci n'étant plus entourés par conséquent que d'une garantie fort précaire. Aussi cette règle ne souffre-t-elle aucune exception en ce qui touche les valeurs aliénables à charge de remploi ; elles ne peuvent être remplacées par des immeubles. Elles pourront l'être seulement par d'autres valeurs entrant dans le patrimoine sous les mêmes conditions et affectées des mêmes clauses que les titres aliénés ; elles ne pourraient donc être soumises à des clauses ou men-

1. Cf. Req. 2 mai 1859, D. 59, 1, 275 *cir rej*. 12 juin 1865, D. 65, 1, 444 *contra*. Rouen, 24 avril 1872, D. 74, 2, 118.

Digitized by Google

tions susceptibles d'augmenter ou diminuer les garanties protectrices des premières. Ces conditions suffisent-elles? Faut-il de plus que les valeurs acquises en remploi soient de même nature que les premières? Non, dirons-nous, si la clause n'indique pas en quelles valeurs le remploi devra être effectué; et pourvu bien entendu que les secondes puissent satisfaire aux mêmes conditions que les premières; c'est ainsi que des actions de la Banque immobilisées ne pourraient être, à notre avis, remplacées par de simples actions industrielles, puisque la condition de ces nouveaux titres ne saurait être la même au point de vue de l'inaliénabilité. Cette réserve faite, la qualite des titres reste indifferente en ce qui touche la validité du remploi. Il n'en est plus absolument de même si la clause porte à ce sujet quelques prescriptions particulières. Assurément si elle indique d'une façon précise et déterminée les titres qui devront être acquis en remploi, les époux seront obligés de se soumettre à cette disposition; il est cependant arrivé plus d'une fois que cette prescription étant gênante, ils se sont adressés à la Chambre du Conseil pour obtenir l'autorisation d'effectuer le remploi en valeurs d'une nature similaire se rapprochant de celles qui avaient été indiquées et présentant des garanties analogues. La Chambre du Conseil n'ayant pas qualité pour s'immiscer en cette matière ni pour intervenir dans la question de remploi, il arrive que l'autorisation qu'elle donne n'est autre chose, comme on l'a dit avec esprit, qu'une sorte de consultation judiciaire, qui n'engage personne et ne s'impose pas aux tiers (1). Elle ne saurait donc valider un remploi en lui-même irrégulier; son autorisation, dans les cas où elle a consenti à intervenir, peut être seulement une indication précieuse au point de vue de l'interprétation juridique qui doit être donnée des clauses de remploi. Le principe dans toute cette matière est donc en faveur de l'interprétation la plus rigoureuse; il nous suffira de donner quelques exemples à ce sujet. On aurait pu se demander avant la loi de finances du 2 juillet 1862, si le remploi stipulé en actions de la Banque immobilisées pouvait l'être en rentes sur l'État. La difficulté venait de ce qu'aucune loi ne permettait l'immobilisation en rentes pour la volonté des particuliers, et qu'elle avait été permise seulement pour le cas de majorat; que par suite elle ne pouvait trouver d'équivalent dans la simple mention de dotalité sur les titres de rente.

La question n'avait été soulevée qu'au sujet du remploi des immeubles dotaux et résolue en sens divers; on comprend que les doutes aient pu être sérieux; puisque à l'encontre de principe proclamé par Pothier lui-même,

1. Cf. dernier considérant du jugement du 30 avr. 1852. Bertin, t. 2, jur., n° 57. Bertin, *eod. loc.*, n° 1083.

Digitized by Google

il s'agissait de remplacer des immeubles réels par des immeubles fictifs (1). Cependant nous croyons que les mêmes difficultés auraient pu s'élever au cas où le remploi stipulé en actions de la Banque aurait eu pour objet le remploi des valeurs dotales précédemment aliénées; la raison de douter eût été encore la différence profonde signalée entre ces deux titres : les doutes ont été levés par l'article 46 de la loi des finances de 1862 qui les assimile tous deux au point de vue des remplois même en matière immobilière. Il suit de là, que le remploi stipulé dans l'une de ces deux valeurs ne pourra être effectué en aucun autre titre mobilier, tel qu'actions ou obligations de chemin de fer, ou autres valeurs industrielles. Enfin le remploi stipulé en placements hypothécaires ne pourra comprendre une acquisition en valeurs mobilières; la question cependant, peut être douteuse, s'il s'agit d'obligations du Crédit foncier; l'équivalence a été généralement admise pour ce motif « que les obligations du Crédit foncier de France sont, en réalité, de véritables placements sur hypothèques; et qu'elles offrent même plus de garanties que la plupart des prêts hypothécaires ordinaires, puisque les conditions imposées aux emprunteurs sont excessivement sévères, et que ces obligations reposent sur des biens entièrement libres, et qui doivent représenter le double au moins de la valeur des sommes prêtées (2). » Cependant nous concevons quelques doutes sur cette solution; car l'analogie n'est pas absolument complète. Ces obligations ont sans doute pour garantie les hypothèques constituées au profit du Crédit foncier; mais ces dernières ne sont pas affectées directement au gage de chacun des créanciers; ceux-ci ne peuvent poursuivre l'immeuble correspondant à leur créance et n'ont de recours que contre la société débitrice. De plus la corrélation entre la valeur des garanties hypothécaires et le *quantum* des obligations semble peut-être moins assurée que sous l'empire du décret constitutif de 1852; puisque depuis l'arrêté de 1859, les titres n'ont plus à être visés par le notaire dépositaire de la minute de l'acte de prêt. D'ailleurs la question ne se pose pas au point de vue des garanties qui peuvent assurer l'emploi, mais à celui de l'intention qu'ont eue les parties en stipulant la clause portée au contrat de mariage. Elles ont entendu immobiliser les deniers dotaux, en ce sens qu'ils fussent difficilement réalisables et pussent présenter un placement à long terme, au lieu d'un titre qui, malgré toutes les précautions prises, se prêterait aux négociations faciles et dangereuses.

393. — Nous devons compléter ces notions sur le remploi des valeurs

1. Pothier, com. n° 199. Cf. Nég., Rouen, 7 mai 1853. D. 53, 2, 215, d° 2 fév., 17 fév. 1854. D. 54, 2, 127, Affir. Riom, 10 juin 1856, D. 57, 2, 240.

2. Considérant d'un arrêt de la Cour de Dijon, 16 août 1861. Sir. 61, 2, 543. Cf. Limoges, 17 mai 1865. Limoges, 22 mai 1865. D. 65, 2, 118.

Digitized by Google

dotales stipulées aliénables sous cette condition, en indiquant les divers procédés passés dans la pratique du notariat pour assurer l'exécution du remploi en matière de titres au porteur. Le plus simple et le plus usuel est de faire insérer dans le contrat de mariage une clause obligeant le mari à faire convertir ces valeurs en titres nominatifs avec mention de la dotalité. S'il s'agit de valeurs provenant de successions échues au cours du mariage et comprises dans la dot, le notaire se fait remettre les titres pour en demander la conversion au cas où le contrat l'impose, sinon pour déposer les titres en banque ou les aliéner à charge de remploi immédiat. Mais il peut arriver que le mari refuse de se prêter à ces diverses opérations, c'est dans cette prévision que les notaires usaient du procédé que nous avons vivement combattu au début de ce travail, lequel consistait à coter ou parapher les titres, afin d'en entraver la négociation à l'insu de la femme (1). A notre avis la responsabilité du notaire sera donc suffisamment dégagée s'il est prouvé qu'il n'a pas pu obtenir du mari la remise des titres par lui mentionnés à l'inventaire de la succession.

394. — *Valeurs acquises en remploi.* — La question des pouvoirs du mari sur les valeurs dotales acquises en remploi n'est en somme que l'ensemble des solutions éparses précédemment données et se ramenant toutes à ce principe fondamendal que les biens provenant d'un remploi doivent avoir par rapport aux pouvoirs du mari, la même condition que ceux précédemment aliénés. Nous avons vu, que cette règle avait eu pour conséquence de ne faire admettre que des acquisitions en valeurs comme remploi de titres mobiliers; nous avons à nous demander si réciproquement aucune valeur mobilière ne pourra avoir été régulièrement acquise en remploi d'immeubles dotaux. La règle, à ce sujet, a, dès la mise en vigueur du Code civil, comporté une exception apparente relative aux actions de la Banque susceptibles d'immobilisation; la raison en est que ces valeurs étaient déclarées immeubles par suite d'une fiction légale; on sait que le même motif n'existant plus pour les rentes, on avait fait difficulté de les accepter en remploi d'immeubles et que la controverse ne fut tranchée dans le sens de l'affirmative que par l'article 46 de la loi du 2 juillet 1862. Nous n'étendrons pas la dérogation au delà (2), et n'admettrons pas à cette prérogative les obligations foncières (3); celles-ci peuvent sans doute, comme nous l'avons déjà vu, équivaloir à un placement hypothécaire; mais elles ne sauraient se substituer aux immeubles; la garantie de l'État et la sûreté du placement ne suffisent pas à leur donner dans le patrimoine une situation équivalente à celle de l'immobilisation même

1. Cf. sur toute cette question : de Folleville, *Titres au porteur*, n° 601 et suiv.
2. Cf. Berlin, *loc. cit.*, trib. Seine, 20 avril 1852, pr. n° 57,
3. Cf. Buch. Val. mob., n° 290 et suiv.

Digitized by Google

fictive. En dehors des cas de remploi, les valeurs dotales acquises au cours du mariage peuvent provenir d'un simple emploi des deniers dotaux. Il arrive souvent, en effet, qu'une clause du contrat oblige le mari à placer les deniers faisant partie de la dot constituée à la femme au jour du mariage, ou provenant du remboursement des créances dotales. Lorsque le contrat est muet sur le mode d'emploi, on admet généralement qu'en principe il devra être fait en immeubles ou en valeurs susceptibles d'immobilisation au point de vue de la situation des biens dotaux, c'est-à-dire d'après l'article 46 de la loi de 1862, en inscriptions de rente ou en actions de la Banque de France. Cependant il y a lieu de se montrer moins sévère que pour le cas de remploi d'un bien immoblier ; et nous serions assez porté à admettre l'emploi fait en valeurs sûres et solides, telles que les obligations foncières ; car il ne s'agit plus de chercher un équivalent au bien dotal précédemment aliéné, mais uniquement de placer les fonds dotaux en toute sécurité et de les soustraire aux pouvoirs du mari. Si le mode d'emploi avait été indiqué, il n'y aurait qu'à suivre la prescription insérée au contrat de mariage, sous réserve toutefois des observations que nous avons présentées au sujet du remploi.

395. — Nous savons quelles sont les valeurs provenant d'un remploi qui se trouveront à ce titre régulièrement soumises à la dotalité ; est-il toujours nécessaire qu'il en soit fait mention sur le titre? Nous pensons qu'il devra en être ainsi uniquement dans le but d'avertir les tiers à qui ces valeurs viendraient à être cédées ; étant comme les précédentes aliénables sous les conditions de remploi, il est nécessaire que les tiers acquéreurs puissent être avertis de la responsabiiité qui leur incombrera de ce chef, d'autant plus que ces titres n'ayant pas existé dès le début, et n'ayant pas fait spécialement l'objet de la clause de remploi portée au contrat de mariage, il leur serait plus difficile de soupçonner leur origine et par suite leur situation dans le patrimoine dotal. Mais nous savons qu'en droit cette mention ne devrait porter aucune action aux pouvoirs du mari, sauf pour le cas où les valeurs précédemment aliénées se trouvaient elles-mêmes soustraites à sa libre disposition. Nous savons qu'en fait, il n'en est pas ainsi et que les Compagnies débitrices exigent une autorisation judiciaire ; la Chambre du conseil l'accorde sans s'assurer que la mention de dotalité corresponde vraiment à une véritable indisponibilité ; toutes ces indécisions sont fâcheuses et surtout regrettables au cas qui nous occupe puisqu'elles auront pour but de restreindre les pouvoirs du mari sur des valeurs qu'il devrait avoir à sa disposition souveraine, sauf obligation de remploi. Nous ne pouvons cependant, sous prétexte d'une mauvaise application de la loi et d'une pratique abusive, omettre une exigence qui en droit nous semble réclamée par les principes généraux de la matière. D'ailleurs, même en cas où cette mention aurait été

Digitized by Google

comise, la responsabilité des nouveaux acquéreurs n'en serait pas moins engagée ; traitant avec un mari qu'ils doivent savoir marié sous le régime dotal (Loi du 10 juillet 1850), ils sont toujours en faute de ne s'être pas reportés au contrat de mariage ; ils y auraient vu que les pouvoirs du mari sur les valeurs dotales n'étaient plus aussi absolus que ceux qui lui sont accordés par la jurisprudence en vertu de l'article 1549.

396. — Nous savons également que si cette mention peut aboutir en fait à des restrictions abusives des pouvoirs du mari, il peut arriver aussi qu'elle lui laisse parfois une liberté plus grande qu'il ne devrait l'avoir ; c'est ce qui arrivera pour les valeurs substituées à des titres absolument inaliénables au même titre que la dot immoblière elle-même, et soumis à toutes les rigueurs de l'article 1558. Dans ce cas en effet la chambre du conseil ne devrait en permettre l'aliénation que pour les causes exceptionnelles mentionnées en cet article et les précédents. Enfin il peut arriver que cette mention soit absolument insuffisante ; cela se présentera par exemple pour les actions de la Banque acquises en remploi d'immeubles ; elles doivent être soumises à l'immobilisation fictive qui est permise à leur sujet. Il y a à cela un intérêt pratique considérable et qui résulte des explications que nous avons données au sujet de la mention de dotalité ; cette dernière n'a par elle-même le plus souvent aucune valeur propre ; elle suscite des entraves de fait qui même ne sont pas universellement admises. L'immobilisation imprime au titre un caractère légalement reconnu, proclamé au grand livre de l'immatricule à la Banque de France et qui le garantit contre toute aliénation en dehors des cas d'exception strictement prévus en matière immobilière. Enfin en admettant même que la simple mention de dotalité pût avoir l'effet de soumettre également les titres qui en sont l'objet aux rigueurs de l'article 1558 il ne s'en suivrait pas pour cela que le titre lui-même eût acquis la qualité d'immeuble fictif et fût soumis à toutes les conditions de garanties accessoires qui peuvent entourer cette catégorie privilégiée.

397. — Les pouvoirs que nous venons de reconnaître au mari sur les valeurs acquises en remploi se trouveront être les mêmes avant comme après l'acceptation de la femme ; ceci est l'effet du principe de rétroactivité que nous devons admettre sous ce régime comme nous l'avons fait sous celui de communauté. Il suit de là que les transports, cessions ou autres négociations de valeurs acquises avec déclaration de remploi, opérées sans le consentement de la femme ou de justice dans les cas où ce consentement est requis se trouveront annulables une fois l'acceptation du remploi intervenue de la part de la femme.

398. — *Valeurs acquises des deniers dotaux en dehors de tout remploi.* — Nous avons examiné la situation des valeurs mobilières constituées

Digitized by Google

en dot à la femme au jour du contrat de mariage ; nous avons vu quels doivent être, suivant les différentes clauses les plus fréquentes et d'après le système de la jurisprudence, abstraction faite de notre opinion personnelle, les pouvoirs du mari sur ces valeurs dotales ; nous avons étudié la même question relativement aux valeurs substituées aux précédentes en vertu d'un remploi régulier ; il est une dernière classe de titres mobiliers sur lesquels il nous reste à donner quelques explications. Ce sont ceux qui en dehors de tout remploi ont été achetés des deniers dotaux et pour le compte de la femme. Ces valeurs sont-elles considérées comme paraphernales au sens absolu du mot ; et entre autres lorsqu'après séparation de biens la femme les reprend en paiement de ses reprises, participent-elles alors aux garanties de l'inaliénabilité individuelle admise par la jurisprudence après restitution de la dot mobilière ? Il nous semble impossible de résoudre cette question sans rappeler les solutions diverses admises par la jurisprudence au sujet des immeubles acquis pour la femme, ou cédés par le mari en paiement de ses reprises, dans des conditions analogues à celles que nous avons supposées. Une première opinion fondée sur l'article 1553 déclare absolument que cet immeuble ne saurait être dotal sous aucun rapport ; cette qualité n'est attribuée en effet qu'aux biens acquis en vertu d'un remploi régulier ; il constitue donc pendant le mariage soit un paraphernal dont le mari à l'administration, soit même s'il n'a pas été acheté par la femme ou pour son compte, un immeuble appartenant au mari et qu'il lui cède à la dissolution du régime en paiement de ses reprises et en vertu de l'article 1595-2°. Il reste aliénable et saisissable comme l'auraient été les deniers dotaux eux-mêmes si la femme les avait recouvrés sous cette forme ; l'inaliénabilité même individualisée ne frappe en effet que les biens qui peuvent avoir une individualité et pour qu'elle s'attachât aux deniers eux-mêmes il faudrait que la femme après les avoir recouvrés dût en faire emploi en valeurs, ce qui n'est admis par personne (1). Restant en possession de ces deniers elle peut les dissiper librement, on ne peut donc croire que la circonstance qui lui fait retrouver ses deniers dotaux dans un bien ayant lui-même une certaine individualité comme des titres de rente, ou un immeuble, pût changer la nature de ses pouvoirs sur les biens dotaux tels qu'ils devaient normalement lui être restitués (2). Cette théorie semble inconciliable avec la doctrine de l'inaliénabilité de la dot mobilière. Si l'immeuble n'est pas dotal au sens propre du mot, c'est-à-dire inaliénable à la façon de l'article 1554, il n'en est pas moins vrai qu'il est la représentation de la dot mobilière qui elle

1. Cass. 21 mai 1867, D. 67, 1, 207 et la note.
2. Cf. Bordeaux, 5 févr. 1829, D. 29, 2, 198. Montpellier, 21 fév. 1851, D. 54, 2, 204.

Digitized by Google

aussi est inaliénable à sa manière : c'est en lui qu'elle s'est incarnée ; elle y est *ineluse* pour employer le mot adopté depuis la jurisprudence consacrée par l'arrêt de la Cour de Toulouse du 17 décembre 1868 ; et dès lors on ne peut plus dire que ce soit là un bien paraphernal dont la femme ait la libre et entière disposition, elle ne peut en disposer que sous réserve de sa dot mobilière qui s'y trouve comprise et qu'elle n'a plus le droit de compromettre. Il est faux de prétendre que cet immeuble représente des deniers dotaux dont la femme aurait eu après restitution de la dot la libre disposition ; cela peut être en fait, parce qu'on ne peut l'obliger au remploi en l'absence de toute clause qui s'impose, et que dès lors les débiteurs des deniers dotaux ne peuvent être responsables de l'usage que la femme peut en faire ; mais en droit il est inexact d'avancer que les sommes dotales ne soient pas inaliénables après la séparation au même titre que les valeurs mobilières et dans la mesure où l'inaliénabilité peut les saisir ; c'est ainsi tout au moins qu'elles sont insaisissables par les créanciers de la femme e. que lorsqu'elles viennent à être fixées dans un immeuble, dans un titre de rente qui les représente, la valeur de ces biens répond de celle des deniers dotaux qui s'y trouvent enfouis. S'il en est ainsi l'immeuble cédé en paiement des reprises de la femme se trouve répondre de la valeur représentative de la dot mobilière à la garantie de laquelle il est affecté. Celle-ci était jusqu'alors constituée par une créance contre le mari, cette créance s'est transformée désormais en un bien qui participe des mêmes garanties ; ces dernières ne consistaient pas dans une sorte d'inaliénabilité absolue, mais dans l'impossibilité pour la femme de compromettre la valeur numérique de sa dot, il en sera de même pour l'immeuble où cette valeur se trouve conservée ; il est inaliénable dans la mesure nécessaire pour la conservation de la dot mobilière qu'il représente ; il ne pourra donc être saisi que pour l'excédent de sa valeur réelle sur celle des deniers dotaux de la femme ; s'il est vendu, la partie du prix qui représente ces deniers, devra être à tout événement assurée à la femme (1). Enfin l'on se demanda même si la femme n'était pas rendue incapable de l'aliéner à titre gratuit ; l'arrêt que nous venons de citer le décide ainsi parce que dans ce cas l'aliénation ne reproduit plus au profit de la femme la valeur dotale que son immeuble lui garantissait. L'auteur de la note citée dans Dalloz s'élève contre cette conclusion, qui tendrait à rendre l'immeuble au moins partiellement inaliénable en lui-même et violerait l'article 1553 ; il croit que l'immeuble entre l s mains du donataire reste encore affecté à la dot mobilière de la femme, qui se trouve à nouveau représentée par une créance dotale, probablement, quoique le mot ne

1. Cf. Toulouse, 17 déc. 1868. D. 69, 2, 1 et une note fort importante.

Digitized by Google

soit pas prononcé, garantie comme jadis, quand l'immeuble était aux mains du mari, par l'ancienne hypothèque de la femme en quelque sorte éteinte par confusion et apparaissant de nouveau pour lui assurer le recouvrement de sa dot. Cette dernière théorie nous semble aussi hardie que celle reprochée à la Cour de Toulouse et suffit à indiquer que cette sorte d'inaliénabilité mixte dont on se contentait à regret ne pouvait être qu'une demi mesure destinée à disparaître devant une doctrine plus franche et plus radicale. Ce dernier pas a été franchi en 1870 (1) : De la *dot mobilière incluse dans* l'immeuble, la Cour de Caen passe à la *dot mobilière consolidée*, et en conclut logiquement que si l'immeuble acquis des deniers dotaux se trouve être la représentation de la dot mobilière, il doit dès lors participer aux garanties qui entourent cette dernière une fois la séparation prononcée ; en un mot il doit être complètement inaliénable et insaisissable non seulement jusqu'à concurrence de la créance dotale qu'il représente, mais aussi pour la plus-value qu'il a pu acquérir. Cependant entre la situation de cet immeuble et celle de l'immeuble dotal aux termes de l'article 1554, il reste une nuance et il fallait bien en admettre une afin de sauver au moins les apparences, je veux dire le principe écrit dans l'article 1553. Cette nuance, c'est assurément que cet immeuble tant que dure le mariage reste en tous points aliénable et qu'à la dissolution, s'il ne peut plus l'être que dans les cas exceptionnels autorisés par la loi ; il ne sera cependant pas besoin pour en effectuer la vente de s'adresser à la justice comme l'exigeraient les articles 1555, 1558, 1559. Il est vrai que l'on peut se demander qui sera juge de la nécessité de l'aliénation et de sa légitimité ; comment s'assurera-t-on que la femme pour effectuer la vente se trouve réellement dans les cas exceptionnels prévus par le Code ? Aussi il me semble que lorsqu'il s'agit, non plus d'immeubles cédés à la femme, mais bien de valeurs mobilières acquises de ses deniers dotaux et restituées après la séparation des biens, nous sommes en droit de nous demander si nous devons encore rendre cet hommage extrême et puéril au principe de l'article 1553, et si nous ne devons pas décider au contraire qu'après la restitution de la dot, toutes les valeurs recouvrées par la femme, même celles qui ne proviennent pas du remploi, sont désormais soumises à la même condition relativement à l'inaliénabilité. C'est qu'en effet l'article 1553 en refusant le caractère de dotalité aux biens acquis au cours du mariage ne vise que les conséquences qui en résultent pour les immeubles, l'inaliénabilité qui les frappe *in concreto*. Or cette inaliénabilité en principe n'atteint par les valeurs constituées en dot ; dans ce sens et tant que dure l'administration du mari, elles ne sont pas dotales; l'article 1553 leur est

1. Caen, 15 fév. 1870. D. 70, 2, 67.

Digitized by Google

donc étranger. D'un autre côté elles ne sont pas plus paraphernales que ne pouvait l'être, suivant les termes de l'arrêt de la Cour de Toulouse, l'immeuble acquis des deniers dotaux; la paraphernalité absolue ne peut s'entendre que des biens dont la femme s'est réservé l'administration et la jouissance ou de ceux acquis des deniers laissés à sa possession. Quand le mari achète en son nom avec les deniers dotaux des titres qu'il fait inscrire au nom de la femme, ces deniers sont assurément compris dans sa dot mobilière telle qu'elle existe entre les mains du mari; variable et sujette à toutes les transformations qu'il plaira à celui-ci de lui faire subir. Le mari ayant la disposition de tous les effets mobiliers, la dot mobilière n'a pas de consistance fixe qui doive se retrouver sans modification au jour de la restitution; jusque là ses éléments se transforment au gré du mari et sa composition ne se détermine d'une façon invariable qu'au jour où cesse ses pouvoirs, c'est-à-dire à celui où doit s'opérer la restitution de la dot; à ce jour la femme recouvre les valeurs qu'elle a apportées et qui se retrouvent en nature, et elle reçoit, comme faisant réellement partie de ses reprises mobilières, celles qu'elle a consenti à acquérir en échange des deniers dotaux ou dont elle accepte la cession de la part du mari et en vertu de l'article 1595-2°. Or à ce jour la créance en reprises cesse d'exister et avec elle l'hypothèque légale; dès lors l'inaliénabilité descend des hauteurs où l'avait placée la jurisprudence et frappe individuellement chacun des biens qui se trouvent composer la dot mobilière de la femme; et parmi eux, et aux mêmes titres que les autres, les valeurs qui se trouvent substituées aux deniers dotaux ou à d'autres valeurs régulièrement aliénées par le mari. Toutes, quelles qu'elles soient, se trouvent soumises aux mêmes garanties et par suite ne peuvent plus être aliénées par la femme qu'avec l'autorisation de justice. La seule différence qui distingue ces valeurs acquises des deniers dotaux et au nom de la femme, de celles qui proviennent d'un remploi régulier, c'est que les premières sont toujours indistinctement et sans exception soumises aux pouvoirs de disposition du mari les plus complets, les plus absolus, tandis que les autres sont tout au moins, comme celles qu'elles remplacent, aliénables seulement à charge de remploi, et souvent même, d'après la condition des biens dont elles tiennent la place, soustraites aux pouvoirs du mari et dès ce moment soumises comme les immeubles aux rigueurs de l'article 1558. Cette différence se traduit en fait en ce que les premières ne devront jamais être affectées de la mention de dotalité, tandis que les secondes y seront soumises et nous savons quelles en sont les conséquences.

Telles sont, à notre avis, dans ses déductions extrêmes, les solutions auxquelles doit conduire le système de la jurisprudence, tel qu'il est développé et conçu par elle : il est inutile de rappeler que dans toutes ces questions

Digitized by Google

nous nous sommes placé à un point de vue qui n'est pas le nôtre mais qui est le seul visé par la pratique et le seul auquel se réfèrent les clauses que nous avions à interpréter. Nous avons dû l'admettre afin de mieux présenter la volonté des parties contractantes, mais nous tenons en terminant à renouveler nos réserves sur le principe qui est à la base de toutes ces solutions.

Digitized by Google

APPENDICE

COMBINAISON DU RÉGIME DOTAL ET DE CELUI DE COMMUNAUTÉ

399. — Ces combinaisons sont assurément permises et peuvent affecter les formes les plus diverses, à la seule condition que les règles empruntées aux deux régimes ne soient pas contradictoires et ne puissent aboutir, suivant que l'une ou l'autre se trouverait être temporairement prédominante, à une véritable de substitution de régime, ce qui serait contraire à l'article 1395 (1). Celle dont il est question dans l'article 1581 a ceci de particulier qu'elle constitue une simple juxtaposition de deux régimes, lesquels se trouvent frapper des biens différents, mais conservent mutuellement leur indépendance réciproque. La femme adopte le régime dotal ; c'est-à-dire que pour une partie des biens présents, peut-être tous, peut-être aussi, suivant l'étendue de la clause, pour ceux qui pourront lui échoir dans l'avenir, elle entend se réserver toutes les garanties et s'assurer la sécurité que donne le privilège de l'inaliénabilité ; par contre elle transmet au mari sur ces biens stipulés dotaux, les larges pouvoirs que lui donne l'article 1549. Mais en même temps elle ne lui en laisse plus la jouissance exclusive et personnelle ; c'est en effet l'un des plus graves reproches que l'on puisse adresser au régime dotal, c'est qu'il fait au mari sur ces biens que lui apporte la femme la part du lion ; qu'il ne permet à celle-ci de participer en rien aux revenus de sa propre fortune et ne l'intéresse pas aux affaires du mari, peut-être même aux succès d'une industrie commune, à laquelle elle apporte son travail après lui avoir fourni ses capitaux et dont les bénéfices ne lui profiteront pas. Pour parer à ces inconvénients, les époux ont pu joindre au régime dotal une société d'acquêts ; c'est-à-dire que les revenus de leurs biens, comme les acquisitions faites au cours du mariage, leur deviennent communs. Par rapport à la femme nous avons donc à distinguer trois sortes de biens, les biens dotaux, les paraphernaux et les acquêts.

400. — Le mari a évidemment sur ces derniers tous les pouvoirs qui lui appartiennent sur les biens de communauté ; les valeurs mobilières qui s'y trouvent comprises sont à sa pleine disposition. Il n'a plus au contraire sur

1. Cf. Cas. 29 juin 1847, D. 47, 1, 295.

Digitized by Google

les valeurs dotales que les pouvoirs qui lui sont accordés par l'article 1549 ; c'est-à-dire, suivant nous, qu'il ne peut les aliéner sans le consentement de la femme ; la jurisprudence les assimile au contraire à celles qui dépendent de la société d'acquêts, puisqu'elle permet au mari d'en disposer librement. Quant aux valeurs paraphernales, leur condition dépend de la question de savoir si la femme conserve sous ce regime mixte l'administration de ces paraphernaux. On l'a mis en doute, en raison des droits du mari comme chef de la communauté d'acquêts ; celle-ci devant comprendre les revenus des biens personnels des époux, et par suite, dit-on, ceux des paraphernaux, l'administration de ces derniers appartient au mari au même titre que celle des propres de la femme sous le régime de communauté. D'ailleurs la femme en stipulant une société d'acquêts a prouvé amplement son intention de renoncer à l'indépendance administrative qui est le propre seulement du régime dotal (1). Cette prétention était contraire à l'indépendance réciproque des deux régimes, laquelle doit dominer la combinaison des règles diverses qui lui sont empruntées. Mais sous le régime de communauté le maintien des pouvoirs du mari sur les propres de la femme n'est pas un principe d'ordre supérieur auquel il ne puisse être dérogé par une clause spéciale. Dans l'espèce cette clause est certainement celle par laquelle la femme, en divisant ses biens d'une part en biens dotaux et de l'autre en paraphernaux, a témoigné ainsi son intention de se réserver sur ces derniers les prérogatives d'indépendance que lui assure le régime dotal. (2). Il est même inexact de prétendre que tous les revenus de ces biens doivent être touchés par le mari avec droit d'en faire l'usage qui pourra lui convenir. Le droit de toucher les revenus d'un bien appartient avant tout à celui qui en a l'administration et qui au même titre peut les employer aux frais nécessités par l'entretien, le rendement, la conservation de ce bien lui-même ; ce droit est réservé à la femme ; seules les économies qu'elle pourrait faire sur les produits annuels de ses paraphernaux doivent appartenir à la société d'acquêts et comme tels être remis au mari. La femme conserve donc ses pleins pouvoirs relativement aux valeurs paraphernales, sauf la question de savoir si pour les aliéner elle doit ou non obtenir l'autorisation maritale ; ce point de vue n'est plus de notre sujet. Elle peut aussi avoir donné mandat au mari d'administrer ses paraphernaux ; et dans ce cas on applique les règles de droit commun.

401. — Il nous reste cependant une observation à faire sur cette matière C'est que les valeurs acquises par le mari des deniers dotaux, en dehors du cas de remploi régulier, sont dans tous les cas et sans distinction, des ac-

1. Colmet de Santerre, t. 6, n. 252 bis.
2. Req. 15 juil. 1846. D. 46, 1, 356.

Digitized by Google

quêts qui appartiennent à la communauté ; celles qui à la dissolution peuvent être attribuées à la femme ne sauraient donc avoir le caractère de biens dotaux que nous leur avons reconnu sous le régime dotal pur. Il n'en serait autrement qu'au cas où, par suite d'une constitution de dot de tous les biens présents et à venir, on déciderait que les acquêts recueillis par la femme, après séparation de biens, et pour sa part dans la communauté, seraient eux-mêmees compris dans la dot. Mais cette solution a été repoussée à juste tire pour la raison que nous indiquions au début ; c'est qu'un bien ne peut pas se trouver avoir été à la fois commun et dotal, ce qui arriverait pour ces valeurs au cas où, la séparation de biens venant à cesser, elles recouvreraient rétroactivement leur qualité d'acquêts de communauté. La cour de cassation n'a pas admis la notion de cette sorte de dot intermittente, susceptible de changer ainsi de caractère à la volonté des époux (1). Mais si elles ne sont pas dotales au sens propre du mot et avec les effets qui résultent de cette qualité pour les valeurs restituées à la femme séparée, sont-elles au moins la représentation de la dot mobilière inaliénable, de telle sorte que les créanciers de la femme ne pourraient les saisir que pour ce qui excède le montant des deniers dotaux qui peuvent être dûs à la femme ? En un mot les reçoit-elle avant tout en paiement ou en garantie de sa dot, ou bien les recueille-t-elle comme valeurs auxquelles elle ait droit en qualité de copropriétaire ? A notre avis c'est cette dernière qualité qui doit prédominer relativement aux biens qui ont fait partie de la société d'acquêts ; de même que les règles de la communauté ne peuvent porter atteinte à l'indépendance du régime dotal ni à ses garanties, de même les exigences de celui-ci ne peuvent détruire rétroactivement les droits qui appartenaient à la femme sur les biens soumis à la société d'acquêts ; or elle avait le droit de l'obliger sur les biens communs ; et les créanciers envers qui elle s'est engagée ont pu légitimement compter sur cet élément de crédit ; il ne peut se faire que la femme en recueillant les valeurs comprises dans cette société d'acquêts devenue le gage de ces créanciers, renie ses engagements sous prétexte que ces valeurs sont avant tout la représentation de ses deniers dotaux. On ne peut objecter contre cette solution la décision très-hardie d'ailleurs de la jurisprudence relativement aux acquêts immobiliers vendus avec le consentement de la femme, et sur lesquels celle-ci est admise même au cas d'acceptation à exercer son hypothèque légale (2). C'est qu'en effet ces immeubles en entrant dans le patrimoine de la communauté ont été, d'après l'opinion générale, frappées de l'hypothèque de la femme, et on ne peut ensuite repousser

1. Cass. 29 juin 1847. D. 47, 1, 295.
2 Rej. 13 juin 1846. D. 49 1, 399.

Digitized by Google

l'action de cette dernière qu'en lui opposant la maxime *Quem evictione*, et en prétendant qu'elle a, par son consentement à la vente, renoncé à son hypothèque, ce qui est inadmissible dès qu'il y a eu stipulation du régime dotal. Il en est tout autrement des valeurs comprises dans la société d'acquêts ; elles n'ont jamais été affectées en rien à la garantie de la dot mobilière; elles arrivent à la femme libres de toutes les entraves du régime dotal, et soumises à tous les engagements que celle-ci dans sa pleine capacité a pu valablement consentir à leur sujet. Ces raisons, on le comprend, ne s'appliqueraient plus aux valeurs propres du mari et qu'il céderait à la femme en paiement de ses deniers dotaux ; ce ne sont plus là des biens qui aient appartenu primitivement à celle-ci par indivis et qu'elle ait pu engager librement ; elles représentent vraiment une dot mobilière, et dès lors on devrait appliquer à leur égard toutes les solutions de la jurisprudence que nous avons étudiées à la fin de la section précédente.

402. — Dans la clause que nous avons examinée avec l'article 1581, il y a, disions-nous, coexistence des deux régimes, indépendance réciproque et non prédominance de l'un sur l'autre. Quelques auteurs et notamment Troplong (1), ont pensé que cette combinaison seule pouvait être admise, et que l'on ne pouvait pas, en adoptant d'une façon principale, le régime de communauté soumettre les propres de la femme, ou quelques-uns d'eux, à certaines des garanties spéciales au régime dotal et notamment à celles qui dérivent de l'inaliénabilité; il pense qu'il y a entre le système adopté qui est par excellence celui de la liberté des époux, et les restrictions empruntées à un régime, qui dans l'espèce a été repoussé dans sa généralité, une incompatibilité absolue. A quoi Marcadé ajoute une raison, qu'il qualifie de lumineuse, et devant laquelle la Cour de cassation ne s'est cependant pas inclinée (2). « Puisque, dit-il, la loi n'admet l'inaliénabilité que pour les immeubles de la femme mariée sous le *régime dotal*, force est bien de reconnaître que la femme ne peut pas plus avoir des biens inaliénables, que le mari, lui, n'en peut avoir sous un régime quelconque... Tout le monde sait parfaitement qu'un mari ne peut pas stipuler efficacement dans son contrat de mariage l'inaliénabilité de ses immeubles. Eh bien ! la raison qui l'en empêche est précisément celle qui empêche la femme d'avoir des biens inaliénables en dehors du régime dotal. « C'est assurément un raisonnement inexact; ce qui fait que la loi a admis pour la protection de la femme, une certaine incapacité artificielle que le mari ne pourrait jamais valablement stipuler pour lui-même ; c'est que celui-ci n'a à craindre, ou

1. Troplong. Cont. de Mar. n° 79, et n° 1085.
2. Marcadé art. 1497, n° 3, et nap. et *Rev. crit.* t. 1, p. 226, t. 2, p. 592.

Digitized by Google

du moins on doit le supposer ainsi, aucune influence devant laquelle sa liberté ait besoin d'un appui légal ; il n'en est plus de même pour la femme, et les entraînements dont elle se défie peuvent lui sembler dangereux aussi bien sous le régime de communauté que sous le régime dotal ; et de ce qu'elle ne croit pas nécessaire, d'adopter l'ensemble des protections que ce dernier comporte, il doit lui être permis *a fortiori* d'en accepter une partie seulement ; une fois le principe de l'incapacité admis, il n'y a pas de raison pour le restreindre à l'adoption de tel ou tel régime ; le principe de la liberté des conventions matrimoniales s'oppose à cette rigueur d'interprétation. Mais à côté de cette règle aujourd'hui incontestée se place une restriction importante ; c'est que le régime de communauté ayant été stipulé, c'est-à-dire les époux ayant en principe maintenu leur liberté réciproque, les exceptions ne devront être admises que suivant leurs termes précis, et ne pourront être étendues au-delà ; l'interprétation étroite sera de rigueur. C'est ainsi, qu'il ne suffira pas de l'adoption relativement à un propre déterminé de la femme, de certains effets du régime dotal pour déclarer que ce bien est un bien dotal avec toutes les conséquences qui résulteraient de cette qualité ; la dotalité se réduira pour lui à l'effet indiqué. Il nous reste à appliquer ces principes à la clause de remploi obligatoire, relative aux valeurs mobilières stipulées propres à la femme commune (1).

403. — Si elle porte seulement obligation de remploi sans autre conséquence indiquée, il résulte du principe énoncé qu'elle n'aura d'autre effet que d'obliger le mari au remploi du titre vendu sans rendre celui-ci partiellement inaliénable, et sans que le défaut de remploi puisse en aucune façon être opposable aux tiers acquéreurs. On doit même décider que la stipulation d'inaliénabilité ou la mention portant que la responsabilité des tiers se trouverait engagée, devrait être limitée à cette conséquence sans que la valeur soit devenue dotale au sens absolu du mot. C'est ainsi que les tiers devront s'assurer du remploi, et que la cession pourra être annulée pour inaccomplissement de ce dernier ; mais le titre n'est pas devenu insaisissable dans les cas où elle aurait lieu par suite d'une mention de dotalité ; et entre autre application, il pourra être saisi après séparation de biens par les créanciers de la femme (2) ; nous croyons même que la femme pourrait céder son hypothèque légale en tant qu'elle lui garantit la restitution du prix de la valeur aliénée. Enfin l'on peut se demander, si, comme la jurisprudence l'admet pour les valeurs dotales, l'aliénation peut désormais être effectuée par le mari sans le consentement de la femme. A

1. Voir l'énoncé de ces principes dans l'arrêt de cassat. toutes Ch. réun. du 8 juin 1858. D. 58, 1, 233 et la note importante qui l'accompagne.

2. Cf. l'arrêt précédent.

Digitized by Google

s'en tenir à la règle qui domine cette matière, la négative semble bien s'imposer sans discussion, puisque le titre n'est pas devenu dotal et qu'il n'emprunte à ce dernier régime que la condition nouvelle mise à la validité de la vente. Cependant on peut soutenir que pour ce point spécial, l'interprétation doit avoir plus de largeur et de liberté, car il ne s'agit plus de l'extension du principe d'incapacité de la femme, mais de celle des pouvoirs du mari mandataire, extension parfaitement compatible avec le régime de communauté, et le maintien des droits de la femme. En un mot, le fait que la femme, sous le régime de communauté, a stipulé que ses valeurs propres ne seraient aliénables qu'à charge de remploi, et cela sous la responsabilité même des tiers acquéreurs, implique-t-il de sa part l'intention de donner mandat au mari pour aliéner seul les valeurs entourées de cette garantie nouvelle ? On pourrait le soutenir en disant que la femme ayant voulu entourer ses valeurs de toutes les garanties de restitution les plus efficaces, s'assurer en un mot, en exigeant toujours qu'elles fussent au cas d'aliénation remplacées par des valeurs équivalentes, une sécurité complète et absolue, elle a témoigné par là de l'intention de se décharger de tout soin d'administration et de toute responsabilité ; les précautions qu'elle a prises ne peuvent s'expliquer que par une plus grande liberté donnée au mari ; sinon, si son consentement restait nécessaire, il lui suffirait de ne donner celui-ci que sur l'assurance d'un remploi immédiat. Cependant ces présomptions ne nous semblent pas suffisantes pour porter atteinte aux droits de la femme propriétaire tels que nous les avons définis sur l'article 1428. C'est justement, dirons-nous, parce qu'elle a craint que son consentement pût être trop facilement influencé, et donné souvent imprudemment sur la garantie d'un remploi prêt à réaliser, et qui une fois l'aliénation consommée n'interviendra jamais, qu'elle a voulu faire de l'exécution de ce dernier, la condition même de la validité de la vente, et garantir ainsi le respect de la foi promise : elle a voulu que la convention à laquelle elle aura consenti pût être toujours accomplie dans toute sa teneur. Rien ne fait supposer, parce qu'elle a stipulé une garantie nouvelle, et imposé au mari une prescription supplémentaire, qu'elle ait voulu renoncer aux prérogatives suprêmes de sa qualité de propriétaire; pour qu'il en fût ainsi il faudrait qu'outre la clause d'inaliénabilité formelle, la stipulation de remploi ajoutât que l'aliénation serait désormais à la disposition du mari.

Digitized by Google

LÉGISLATION COMPARÉE ET CONCLUSION

404. — Nous n'avons certes pas la prétention de passer en revue la législation de chacun des différents États pour en extraire les dispositions relatives à l'aliénation des valeurs mobilières ; cette étude pourrait être intéressante, elle deviendrait cependant quelque peu monotone; car il n'est en effet que deux systèmes possibles à l'égard des titres et capitaux mobiliers, ou de paraître les ignorer et de laisser à leur sujet la plus complète liberté, ce qui fut la théorie primitive lorsque ces droits de forme nouvelle étaient encore trop récents pour avoir attiré l'attention, ou bien les assimiler, partiellement au moins, et quant aux mesures de protection légale, aux immeubles eux-mêmes. C'est cette tendance dernière, tempérée cependant par la nécessité de mobilisation, qui se retrouve actuellement dans toutes les lois nouvelles qui aient un rapport direct ou indirect à la matière. Nous les suivrons seulement dans trois groupes de législation, ceux dans lesquels s'accentuent le plus les différences et dont les autres se rapprochent plus ou moins, la législation anglaise, la législation allemande et la législation italienne.

Législation anglaise.

405. — Le droit anglais offre, au point de vue qui nous occupe, un intérêt de premier ordre par suite de l'importance que présentent dans cette législation les pouvoirs correspondant à ce que nous appelons dans notre droit le pouvoir d'administration. L'administrateur des biens d'autrui, sous les différents noms qui lui sont attribués, *trustee*, *committee*, *executor*, *administrator*, est généralement investi d'un véritable droit dans la chose elle-même ; il est censé en quelque sorte en détenir la propriété pour le bénéfice du titulaire réel et il doit en exercer les prérogatives au mieux des intérêts de ce dernier. Nous ne parlerons pas des *executors* et *administrators* proprement dits lesquels sont investis au titre *bg administration*, d'un droit véritable sur les biens laissés par un défunt et qui ont charge de liquider la succession ; ils ont une mission toute spéciale et par suite très nettement déterminée. En dehors de ces administrateurs speciaux nommés en vue de circonstances particulières et dont les droits dérivent soit de testaments (*executors*) soit d'une nomination faite par la *Court*, si le défunt est mort intestat (*administrators*). Nous trouvons une autre espèce de mandat, soit conventionnel, soit légal, qui, on peut le dire, forme le droit commun en cette matière et trouve son application pour chacune des situations dont nous

Digitized by Google

avons poursuivi l'étude en droit français, ce sont les *uses* ou *trusts*. Le *trust* comprend de la part de celui de qui il émane un véritable investissement en faveur de celui qui le reçoit, quelque chose d'à peu près semblable à celui qui dérive de la concession de fief de la part du propriétaire du fief dominant; les deux situations sont du reste rapprochées par les auteurs (1). Et l'analogie était telle que les cours du *common law* traitaient le *trustee*, celui à qui la concession avait été faite, comme le véritable propriétaire; et que seules les *cours d'équité* ont reconnu la précarité de ses droits et maintenu à celui de qui ils étaient émanés son titre de propriétaire. L'antiquité de ces concessions et mandats est attestée par une allusion de Shakespeare dans le marchand de Venise (2); leur importance s'est développée d'une façon continue; elles interviennent surtout dans tous les cas d'incapacité naturelle ou artificielle, tels que nous les avons parcourus dans notre droit français; le *trust* émane le plus souvent d'un règlement ou acte volontaire du propriétaire (*settlement* ou *appointement*); c'est ainsi que cela a lieu d'ordinaire pour les mineurs et femmes mariées; le père dans le premier cas nomme un *trustee* à ses enfants par son testament; la femme, dans le contrat par lequel elle se réserve le bénéfice de ses biens personnels (*personal estales*) pour son usage propre, en confie l'administration à un *trustee*; dans tous ces cas les pouvoirs du *trustee* sont exactement déterminés par l'acte même d'où ils émanent et le but pour lequel il est donné. Il peut aussi, dans ces mêmes circonstances et surtout en matière de minorité, d'absence et d'aliénation, être institué par la *court of chancery* pour un acte ou une affaire déterminée; généralement les pouvoirs qui lui sont ainsi conférés sont toujours fort restreints et il reste ainsi sous la dépendance de la cour. Du reste que sa nomination soit conventionnelle ou judiciaire, ses pouvoirs sont généralement interprétés avec une certaine rigueur, et il en est ainsi au sujet des droits et capitaux mobiliers qui lui sont confiés.

406. — Les valeurs de cette espèce et surtout les fonds publics ont toujours été traités avec une faveur qui témoigne de leur importance; c'est ainsi que pour ces derniers, on décidait même à l'origine qu'ils n'étaient pas soumis à l'exécution des jugements obtenus par le créancier (3). Il reste

1. Cf. Stephen's. *Comm. of Laws of Engl.*, vol. I, p. 356 et suiv.
2. Merch. of Ven. act. 4, sc. I.

> « *So please mylord the duke and all the court,*
> *To quit the fine for one half of his goods;*
> *I am content, so he will let me have.*
> *The other half in use to render it*
> *Upron his death.....*

3. *Bank of Engl.* V. Lunn 15, 577, cf. *Princip. of the Law of personal property by Josh. Williams*, 9th. Édit., p. 220 et suiv.

Digitized by Google

d'ailleurs établi comme un principe certain que les dividendes ne peuvent être payés qu'à celui qui se trouve inscrit comme le véritable propriétaire et que ce dernier seul a le droit de disposer du titre; ce qui fait que les titres de ce genre doivent être légalement transférés au nom du *trustee* pour que celui-ci ait le droit d'en recueillir les dividendes pour les bénéfices du véritable propriétaire ; c'est ainsi que la *Court of Chancery* a reçu pouvoir pour faire inscrire les titres du mineur ou des aliénés au nom de leur curateur afin de leur permettre d'en toucher les dividendes (1). Mais les principales dispositions de la loi à ce sujet regardent les placements des capitaux mobiliers confiés au *trustee* ou qu'il retire du paiement des dettes. La loi anglaise s'est montrée à ce sujet d'une prévoyance, ou même d'une défiance qu'on peut taxer d'exagérée; elle n'admet pas, à moins que l'acte d'où émane les pouvoirs du *trustee* ne lui en donne le droit, qu'il place les fonds disponibles dans aucune entreprise privée et n'autorise que les placements sur l'État, comme étant les seuls qui présentent une complète sécurité; aux fonds publics on a cependant assimilé les titres et de la *Bank of England or Ireland* et l'*East Indian stock* (2). Et lorsque le placement a été prévu et indiqué dans l'acte qui a réglé les pouvoirs du *trustee*, les termes de la disposition sont interprétés avec la plus grande rigueur; c'est ainsi par exemple, si cet acte permet le placement sur les fonds étrangers, que l'on ne comprend sous cette dénomination que les fonds publics et qu'on ne saurait leur assimiler les obligations des villes, ou celles des compagnies de chemins de fer (3).

407. — Ces notions générales données, nous pouvons passer rapidement en revue les situations du mineur, de l'aliéné et de la femme mariée. Pour ce qui est du mineur, le tuteur proprement dit, *guardian*, n'a par lui-même en général aucun pouvoir sur les biens et n'est chargé que du soin de la personne ; cette règle ne souffre d'exception qu'au cas de *guardian by statute*, lequel étant nommé par un acte du père lui-même trouve ses pouvoirs déterminés par l'acte même d'où ils émanent ; il peut certainement en certains cas recevoir mandat à ce sujet de la Cour suprême et dans ce cas il ne peut rien sans l'assentiment de la cour d'où il dépend. Outre ces cas exceptionnels, l'administration générale ou spéciale des biens du mineur est confiée à un *trustee* nommé d'après les formes et dans les circonstances que nous avons indiquées. Les titres du mineur peuvent être inscrits au nom de ce dernier, et dans le cas où les pouvoirs de disposition ne lui sont pas attri-

1. Cf. Stat II, Geo IV. et I Will. IV. C. 65, s. 32 et : 6 Geur. IV, c. 74, s. 11. Stephen's, *loc. cit.* Vol. II. p. 305, not. d.

2. St. Leonard's. Act. 22 et 23. Vict. c. 35, s. 32.

3. Cf. *Practic. treat. on the Law of Trusts by Thom. Lewin Esq.* 7th. Edit., p. 281 et s.

Digitized by Google

bués par le testament ou l'acte du père qui l'a investi de ses fonctions, il reste sous la dépendance de la Cour, qui peut également s'il est empêché ou manque à ses devoirs, charger un autre *trustee* des actes devenus nécessaires, et en particulier du transfert des valeurs mobilières. Son indépendance à ce sujet est fort limitée par les règles strictes que nous avons vues établies en matière de placement, puisque tout capital disponible doit être employé promptement et que l'emploi est rigoureusement spécifié. D'ailleurs celui-ci doit toujours avoir lieu en biens de nature juridique semblables à ceux précédemment aliénés et d'où proviennent les fonds disponibles ; cela pour des raisons particulières à la loi anglaise qui ne reconnaît pas la même capacité au pupille pour chacun des biens qui composent son patrimoine ; c'est ainsi qu'au point de vue du droit de disposer par testament il peut, avant l'âge de vingt-et-un ans, léguer ses *personal estates*, et les valeurs mobilières sont de ce nombre (1), tandis qu'il serait incapable de disposer, même dans les limites permises, de certains biens immobiliers ; on ne peut donc permettre une transformation dans les éléments du patrimoine laquelle entraînerait une véritable modification dans la capacité du mineur (2).

408. — En ce qui touche les aliénés reconnus tels à la suite d'enquête, *lunatics by inquisition*, leurs intérêts, tant en ce qui regarde leur personne que leurs biens, sont confiés au Lord Chancelier qui nomme un tuteur à la personne et un curateur aux biens, *committee to lunatic* et *committee to estate*. Ce dernier est ordinairement l'héritier présomptif ; de sorte que la déclaration d'aliénation équivaut en quelque sorte à une ouverture provisoire et anticipée de la succession ; mais le curateur reste sous la dépendance du Lord Chancelier et ne peut faire aucun acte d'une certaine importance, et entre autre disposer des titres et valeurs de l'aliéné, sans en referer au Lord Chancelier (3). Et celui-ci n'en peut ordonner la vente qu'au cas de nécessité urgente, ou d'intérêt évident ; parmi les causes plus spécialement mentionnées se rencontrent, outre le paiement des dettes, l'intérêt de la personne de l'aliéné même et l'obligation de pourvoir aux frais que nécessite sa situation (4).

Si d'ailleurs le curateur est empêché ou absent, le Lord Chancelier peut nommer une autre personne qui sera investie des titres appartenant à l'aliéné et chargée d'en toucher les dividendes pour le bénéfice de celui-ci (5). L'em-

1. Cf. Companies. Act. 1862. 25 et 26 Vict. c. 89. s. 22, et 19 et 20. Vict. c. 47, s. 15. Stephen's, *loc. cit.*, I, p. 221.

2. Cf. *Practic. treat. on the Law of trusts.* Th. Lewin. 7th. édit. p. 826 et s.

3. Lois sur les aliénés en Angleterre, etc., par Ern. Bertrand. Cotillon, 1870, p. 9.

4. Cf. 16, 17 Vict. c. 70, s. 116. 25 et 26, Vict. c. 88, s. 12-14 et Josh. Williams. *Law of person. propert.* p. 226, 227.

5. *Eod. loc.* Josh. William.

Digitized by Google

ploi en biens immobiliers des deniers provenant de la vente des valeurs n'est pas absolument prohibé, comme lorsqu'il s'agit du mineur ; puisqu'à supposer l'aliéné revenant à la raison et reprenant la direction de ses affaires, sa capacité ne se trouverait pas affectée par les modifications apportées à la composition de son patrimoine; mais ces changements opérés d'ordinaire par le *committee* qui est l'héritier présomptif lui-même, ne peuvent modifier les droits de divers successeurs tels qu'ils sont établis pour chaque espèce de biens (1). Pour les aliénés non légalement reconnus à la suite d'une procédure judiciaire, *lunatics not so found by inquisition*, les personnes qui en ont la garde, sont aussi celles qui en administrent les biens ; mais le Lord Chancelier peut toujours intervenir pour la protection de la personne qui se trouve ainsi être restée aux soins de sa famille ou de ses amis ; et si sa fortune est compromise, il peut toujours provoquer une procédure d'*inquisition*, ou, lorsque la valeur de ses biens n'excède pas L. 1000 (25,000 fr.), prendre sur lui de vendre, hypothéquer, convertir ses biens en deniers, confier ceux-ci à telle personne qu'il désigne, et donner à cette dernière pouvoir de toucher les dividendes et annuités des valeurs appartenant à l'aliéné supposé, pour le montant en être employé aux soins de sa personne et aux mieux de ses intérêts (2).

409. — La situation de la femme mariée vient de subir depuis ces dix dernières années les modifications les plus radicales, si bien que depuis le nouveau bill de 1882, on peut dire qu'elle présente exactement les caractères opposés à ceux qui depuis bien des générations avaient été ceux du droit commun en Angleterre. Jusqu'en 1870, la règle absolue était que, à défaut de contrat, tous les biens personnels de la femme, et nous savons que les valeurs mobilières sont de ce nombre, appartenaient d'une façon pleine et absolue au mari. Cette disposition pouvait être modifiée par les règlements matrimoniaux en vertu desquels la femme, d'accord avec son futur époux, pouvait se réserver pour son usage personnel certains de ses biens propres dont elle confiait la garde et l'administration à un *Trustee* nommé et investi de ses pouvoirs par le même acte et contrat. Cet usage n'était d'ailleurs pratiqué que par les familles riches et opulentes; il visait principalement les successions auxquelles la femme pourrait être appelée puisque, les mœurs n'ayant pas encore admis que la femme en Angleterre pût être recherchée autrement que pour ses avantages personnels, il est rare qu'elle ait à se réserver aucun bien propre au jour du mariage. Les classes pauvres et même les classes moyennes ne cherchaient pas à atténuer la rigueur du *Common*

1. Thom. Lewin, *loc. cit.*
2. Et. Bertrand, *loc, cit.*, p. 14.

Digitized by Google

Law et l'on peut dire que les règles que nous avons indiquées au début avai une portée d'application presque générale. La première brèche lui fut portée en 1870 par le *Married women's property act*, qui réserva à la femme les gains et revenus de son travail ou de son industrie, ainsi que la propriété, jouissance et administration, sauf celle-ci à être remise aux mains du *trustee*, des successions qui lui adviendront au cours du mariage jusqu'à concurrence de L. 200. Il lui est permis de posséder en son nom des valeurs sur l'État, des titres de caisse d'épargne, de compagnies d'assurances ou autres Sociétés, le tout cependant sous une certaine limite et suivant quelques conditions prévues dans le but d'assurer à la femme des garanties suffisantes (1). La femme put désormais posséder des titres inscrits à son nom; elle put en investir le curateur de sa fortune personnelle. Un *amendment act* de 1874 (2), apporte à cet état de choses quelques modifications peu importantes; et le renversement complet de l'ancien système vient d'être accompli, il y a quelques mois, après toute une série de difficultés soulevées dans les deux Chambres du Parlement. Le nouveau bill contient deux dispositions principales, l'une relative à la capacité de la femme mariée laquelle se trouve exempte de toutes les limites qui en restreignaient les bornes, et l'autre relative à la propriété de ses biens personnels au sujet desquels l'ancienne présomption se trouve détruite et complètement retournée. Jadis, pour ce qui était de cette catégorie de biens, la règle était que à défaut de contrat et à l'exception des réserves de l'acte de 1870, tous appartenaient au mari; désormais tous resteront en propre à la femme, sans qu'il soit besoin de l'appareil ancien des réglements et curateurs ordinaires. Le contrat qui avait pour but de soustraire les biens personnels (3) de la femme aux droits du mari, n'aura plus à intervenir désormais que pour attribuer à celui-ci les biens qui de droit commun se trouvent rester la propriété de la femme. Le nouveau bill n'introduit pas de très sensibles modifications dans l'état de choses en usage parmi les hautes classes de la société, ces dernières seront simplement dispensées des réglements et dispositions qui étaient entrés dans la pratique ordinaire; mais il aura pour effet de bouleverser entièrement les usages reçus dans la plus grande partie des classes moyennes, non-seulement les usages, mais, comme le disent déjà certains journaux effrayés, les mœurs traditionnelles de la plupart des familles anglaises : en dix ans la femme mariée se trouve avoir passé de la sujétion extrême à l'indépen-

1. V. Josh. Williams, *loc. cit.* p. 411, et suiv. Cf. Stephen's, *loc. cit.* Vol. II, p. 267.

2. Traduction dans l'annuaire de la Société de Législ. Compar. ann. 1875, p. 32.

3. Toutes ces dispositions ne comprennent que *les Personnal Estates*, ce qui correspond à peu près à nos biens mobiliers, meubles corporels et incorporels; cependant plusieurs de ces derniers sont compris, ainsi que les immeubles, parmi les *Real Estates* dont la propriété n'a jamais été enlevée à la femme mariée.

Digitized by Google

dance absolue et nous comprenons que le *Times* ait pu prédire à la loi nouvelle les conséquences les plus graves au point de vue de l'économie sociale et politique (1). Ces dispositions s'appliquent donc désormais sans restriction aucune à toutes les valeurs mobilières de la femme, soit qu'elles lui soient échues par voie de succession ou donation, soit qu'elles aient été acquises en son nom au cours du mariage (2).

Législation allemande.

409. — Le droit allemand s'est toujours montré dans la matière qui nous occupe très jaloux des prérogatives du propriétaire, peut-être même pourrait-on lui reprocher un excès de protection à l'égard des valeurs mobilières, lesquelles s'accommodent mal des mesures, qui, sous prétexte de garantie, tendraient à entraver leur circulation. Le tuteur d'après, l'*allgemeines Landrecht* n'était guère que l'agent du tribunal civil constitué en une sorte de tribunal tutélaire; celui-ci déterminait quels étaient les meubles dont la vente était nécessaire et recevait le dépôt de tous ceux qui se trouvaient qualifiés de précieux et parmi eux des titres et valeurs; le plus souvent en pratique les biens mobiliers, même les titres et valeurs industrielles, étaient convertis en argent pour être placés par la caisse des dépôts judiciaires; on se défiait des sommes exposées dans les entreprises commerciales, et le tribunal n'admettait guère que certains placements d'une solidité garantie. Cependant le tuteur qui avait donné des garanties pour la substance même des fonds et des capitaux pupillaires, pouvait avoir la liberté du placement, et n'avait plus à demander l'autorisation du tribunal (3). C'était *a fortiori* le tribunal seul qui décidait de la vente, et encore ne devait-il l'admettre que pour des motifs graves. Les dispositions du Code autrichien de 1786 étaient à peu près les mêmes. Ce système d'entraves considérables, conduisant de plus à une sorte d'uniformité générale fort en désaccord avec les intérêts variés et multiples que présente, en matière de valeurs et placements mobiliers, la situation différente de chaque mineur, avait provoqué les critiques les plus sérieuses. Il y fut porté remède, pour la Prusse, au moins, par la loi du 5 juillet 1875 sur la tutelle (4). Désormais la loi nouvelle

1. Cf, The Times, Weekly édition, 18 août 1882, p. 12.

2. On doit remarquer d'ailleurs la tendance de plus en plus grande de la législation anglaise de faire intervenir l'action de l'État dans le réglement et pour la protection des intérêts privés. C'est ainsi que la nouvelle loi sur les faillites, *Bankrupcy Act*, soumet à la surveillance étroite de la justice la gestion des administrateurs syndics, spécialement en ce qui concerne les valeurs appartenant au failli. A. Saturday Review. mars 1883. The Economist. mars 1883.

3. Cod. gén. pour les États prussiens du 5 fév. 1794, 1e pat., tit. 14, sect. 2, art. 479.

4. Annuaire 1876, p. 421.

Digitized by Google

permet de fonder un commerce où une industrie avec les capitaux du mineur, et soustrait le tuteur à la surveillance continuelle du tribunal tutélaire ; on place à ces côtés un subrogé-tuteur ; et il lui faudra suivant les cas, le concours de l'une ou l'autre de ces deux autorités. Cependant la nature des placements permis au tuteur est très rigoureusement déterminée, son choix ne peut guère s'exercer que parmi les institutions de crédit garanties par l'État, et encore lui faut-il le concours du subrogé-tuteur (art. 39) ; mais il suffit qu'il ait pris son avis ; s'il s'agit au contraire d'établir un commerce ou de modifier une profession existante, l'autorisation du subrogé-tuteur est absolument nécessaire (art. 41, 9°). Il en est de même pour l'aliénation des valeurs en papier (art. 41, 1°) ; si celles-ci consistent en titres au porteur, le tribunal peut en ordonner le dépôt à la Banque de l'Empire ; il peut décider également qu'ils seront mis hors cours (art. 60). Cette formalité consiste dans l'apposition d'une mention qui leur donne provisoirement le caractère de titres nominatifs. Ce procédé a d'ailleurs pour effet d'entraver la négociation du titre et se trouve être l'objet en Allemagne des plus vives réclamations. Cette dernière prescription ne s'applique pas cependant vis-à vis du père tuteur de son enfant et elle peut être exclue en cas de tutelle testamentaire par l'acte qui nomme le tuteur.

411. — Quant à la femme mariée, ses biens, sauf réserve du contrat, sont, d'après le Landrecht, réputés apports dont la jouissance et l'administration appartient au mari ; mais celui-ci n'a guère que les droits d'un usufruitier et il ne peut, sans le consentement de sa femme, procéder à aucune aliénation ; ce qui s'applique spécialement aux titres et capitaux inscrits au nom de la femme (1) ; la femme n'est obligée de donner son consentement, que s'il y a nécessité urgente, comme au cas de réparation aux immeubles. S'il y a dissentiment, le différend sera tranché par le tribunal qui siège en matière de tutelle.

Ces principes étaient à peu près ceux du Code autrichien. Ce dernier, qui admet d'une façon très formelle le régime dotal, décide cependant que le mari, pour tous les biens mobiliers dont on peut se servir sans en altérer la substance, n'aura que les pouvoirs d'un administrateur et d'un mandataire ordinaire (2). Or le mandataire ne peut aliéner aucun bien sans un pouvoir suffisamment déterminé pour que les actes de cette espèce s'y trouvent implicitement compris (3).

1. Landrecht, *loc. cit.*, art. 233.
2. Art. 1228 1248 et suiv.
3. Art. 1108.

Digitized by Google

Législation Italienne.

412. — Le nouveau Code Italien de 1866 s'est inspiré à la fois du Code Napoléon et du Code Sarde de 1837; ce dernier était lui-même une combinaison des règles du Code civil Français et de celles du droit Romain; déjà, même à cette époque, il s'était préoccupé de combler les lacunes de nos lois au sujet des valeurs mobilières; c'est ainsi qu'après avoir fait au tuteur l'application de notre loi de 1806 relativement à l'aliénation des rentes sur l'État, l'article 336 déclarait que les titres au porteur ne pourraient être conservés en nature, mais devraient être inscrits au nom du mineur, sauf disposition contraire prise par le Conseil de famille. Il permettait même à ce dernier de retirer au tuteur le droit de recouvrer sans son intervention les capitaux dus au mineur, sauf aux débiteurs à obtenir du tribunal une ordonnance de dépôt et de libération toutes les fois que le tuteur tarderait à rapporter l'autorisation du Conseil de famille (art. 337). Le Code de 1866 exige également le concours de celui-ci pour recouvrer les capitaux pupillaires et en faire emploi, pour donner ces valeurs en gage ou les aliéner; si le patrimoine du mineur renferme des titres au porteur, ils devront être convertis en titres nominatifs, à moins que le Conseil de famille ait décidé d'en faire un emploi différent. Enfin l'article 301 ajoute que toutes les délibérations du conseil de famille ayant pour objet d'autoriser un acte d'aliénation, de mise en gage ou d'hypothèque des *biens* du mineur, devront être soumises à l'homologation du tribunal; or il ne fait aucun doute que sous cette expression large et générique ne soit comprise l'aliénation des titres et valeurs. On remarquera que toutes ces formalités sont exigées sans aucune distinction suivant la quotité des titres et que le concours du conseil de famille est requis dans tous les cas pour l'emploi des deniers, ce qui constitue deux points de différence essentiels avec le système de notre loi de 1880. De l'emploi d'une expression générique semblable, on doit conclure également, d'après l'article 224, que le père administrateur ne pourra sans autorisation de justice vendre les valeurs de son enfant mineur, ce qui est la solution que nous avons proposée sous l'empire du Code Napoleon et dans le silence de notre article 389. Ici, encore, comme partout, le Code Italien assimile à l'aliénation la simple mise en gage des biens et valeurs. Cette autorisation judiciaire est également la formalité imposée par l'article 974 à l'héritier bénéficiaire qui veut conserver son bénéfice; mais ce qui est remarquable, en fait de biens mobiliers, c'est qu'elle n'est exigée que pendant les cinq années qui suivent la déclaration de l'acceptation bénéficiaire, ce qui limite à une durée restreinte les exigences de l'administration des

Digitized by Google

transferts et coupe court aux abus et aux difficultés qui, dans notre pratique française, pèsent en quelque sorte perpétuellement sur les valeurs une fois entrées dans un patrimoine par l'effet d'une acceptation bénéficiaire.

413. — Le regime de droit commun admis en Italie est le régime dotal ; il semble bien résulter de l'ensemble du Code de 1866 que le système admis au sujet de la dot mobilière est celui de l'inaliénabilité absolue des valeurs dotales ; il n'y a aucun doute pour ce qui est de l'inaliénabilité de la créance en reprises de la femme et des garanties qui l'entourent (art. 1405) ; et il ne paraît guère contestable que le même texte en déclarant, dans une seule formule, la dot inaliénable, quelle que soit la nature du bien dotal, n'ait entendu consacrer qu'une seule espèce d'inaliénabilité pour les immeubles comme pour les valeurs dotales. L'aliénation pourra avoir lieu avec autorisation de justice laquelle pourra être accordée en cas de nécessité ou d'avantage évidents, sans qu'on ait prévu ni spécifié aucun cas de ce genre, ce qui est fort sage. En l'absence de contrat de mariage, les époux se trouvent mariés sous un régime dotal lequel ne comprend que des paraphernaux dont la femme a la libre administration ; le tribunal règle sa part contributoire aux charges du ménage (art. 1425, 1476 et suivants). Le Code Italien ne reconnaît comme régime d'association que la communauté d'acquêts, sous laquelle le mari administrateur des biens sur lesquels porte le droit de jouissance de la communauté, n'a sur eux que des pouvoirs assimilables à ceux d'un usufruitier et ne peut assurément aliéner aucun de ceux dont la propriété est restée à la femme. En un mot l'aliénation des valeurs mobilières est très nettement mise sur le pied des actes de disposition qui ne peuvent être accomplis, sans pouvoir spécial à ce sujet, par l'administrateur du bien d'autrui.

414. — Cette conclusion n'est, à notre avis, que le développement des principes émis par notre Code civil ; aussi peut-on dire à ce point de vue que le Code Italien n'a pas opéré une réforme de nos lois, mais qu'il s'est inspiré des idées fondamentales qui en sont la base et n'a fait qu'en tirer les conséquences logiques. Ces conséquences cependant restent aujourd'hui encore discutées et soumises à toutes les fluctuations d'une jurisprudence indécise ; le grand vice d'ailleurs de cette situation n'est pas tant dans le retour possible qui menace incessamment des conventions et une pratique basées sur un ensemble de décisions juciciaires, il consiste surtout dans cette incertitude funeste sur le fondement de laquelle les compagnies débitrices et l'administration du transfert multiplient les exigences et cherchent à couvrir leur responsabilité par les plus rigoureuses prétentions ; de sorte que d'un côté la jurisprudence consacre le plus souvent l'extrême liberté, et que la pratique oblige parfois aux plus minutieuses formalités ; ce qui aboutit d'un côté à

Digitized by Google

un défaut de protection réel et de l'autre à des entraves de fait assez sérieuses; prises entre ces deux écueils les valeurs mobilières se trouvent soumises aux deux grands désavantages qui leur sont le plus funestes; et pour y échapper elles se réfugient sous la forme au porteur. La conversion est déclarée acte de simple administration; les administrateurs, pour échapper aux difficultés qu'ils rencontrent sont assurément fort tentés de procéder par cette mesure préalable; on sait quels sont les dangers d'une semblable situation. La tendance est aux réformes; la plus urgente a été réalisée; nous espérons que les autres suivront bientôt, et nous avons tout lieu de penser qu'elles n'auront d'autre but que de consacrer, comme fait le Code Italien, les conséquences qui dérivent logiquement des principes du Code civil; elles sauront faire aux valeurs mobilières la place qui leur est due sans créer d'action à leur circulation, et peut-être prendra-t-on occasion des modifications attendues pour déterminer à ce point de vue les droits exacts et la responsabilité précise des intermédiaires de la vente et des agents du trésor. On ne saurait trop demander que tout en cette matière soit net et déterminé; quand il s'agit de biens dont l'aliénation peut être imprévue et toujours doit être rapide et ferme, qui touchent au crédit dans ce qu'il a de plus sensible et de plus variable, de biens qui composent la plupart des fortunes privées et au sujet desquels les transformations les plus multiples comme la dissimulation et la transmission secrète sont toujours possibles, il faut une législation qui ne laisse prise ni à l'incertain, ni à l'arbitraire.

Digitized by Google

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La théorie possessoire a directement en vue la protection de la propriété et non la répression de la violence.

II. — La marque de l'acheteur apposée, sur les marchandises laissées chez le vendeur, suffit à lui en faire acquérir la possession.

III. — Dans les ventes d'esclaves, la livraison des titres de propriété suffit à en transmettre la possession à l'acheteur, sans même qu'elle ait eu lieu en présence de l'esclave vendu.

IV. — Le pupille *infans* ne peut, sans l'*auctoritas tutoris*, acquérir la possession d'aucun meuble ; cette règle ne souffre aucune exception.

V. — La constitution de Valentinien de 389 n'a pas eu pour objet d'étendre l'interdit *unde vi* aux choses mobilières.

VI. — Sous Justinien, la tradition de la chose d'autrui réalisée par le commodataire de mauvaise foi, ne suffit pas à en faire perdre la possession au propriétaire.

VII. — Sous Justinien, lorsque la possession a été acquise illégalement par suite d'une erreur du nouveau possesseur et de la négligence de l'ancien, celui-ci peut la recouvrer au moyen de l'*actio momentariæ possessionis*.

VIII. — L'*actio momentariæ possessionis* s'étendait aux choses mobilières.

IX. — La possession actuelle de la chose volée n'est une condition constitutive du *furtum* qu'en matière d'hérédité jacente.

X. — Dans la *condictio furtiva*, la preuve du droit de propriété, relativement à la chose volée, est à la charge du défendeur.

XI. — L'interdit *uti possidetis* avait pour effet de faire recouvrer directement la possession vicieuse, sans qu'il fût besoin de recourir à un interdit *recuperandæ possessionis*.

Digitized by Google

DROIT FRANÇAIS

I. — Les marques ou mentions apposées par les notaires sur les titres au porteur inventoriés n'engagent pas la responsabilité des compagnies debitrices, et celles-ci n'ont pas le droit de refuser le paiement *au détenteur du titre.*

II. — La mise en gage des valeurs mobilières est un acte de propriété qui ne rentre pas dans les pouvoirs du mandataire général.

III. — La conversion des titres nominatifs est par elle-même un acte d'aliénation qui ne peut être permis qu'à l'administrateur ayant le droit de disposer des valeurs mobilières.

IV. — Bien qu'incapable d'aliéner les valeurs mobilières, le mandataire général pourra, d'après les circonstances, conclure par un report les marchés à terme antérieurement négociés par le mandant.

V. — L'emploi des capitaux pupillaires devenu obligatoire en vertu de la loi de 1880, n'est pas cependant assujetti à toutes les formalités exigées pour l'aliénation des valeurs mobilières.

VI. — Le tribunal peut accorder son autorisation, sans renvoyer aux formalités du partage préalable, pour la vente des valeurs dépendant d'une succession dans laquelle un mineur est engagé, lorsqu'elle lui est demandée pour l'acquittement des dettes héréditaires.

VII. — L'avis du conseil d'État de 1808 se trouvant indirectement abrogé par la loi de 1880, l'héritier bénéficiaire devra, pour conserver son bénefice, obtenir l'autorisation du tribunal pour la vente de toutes les valeurs héréditaires, s'agirait-il d'un titre de rente inférieur à 50 francs.

VIII. — L'administration des transferts est sans qualité pour exiger l'autorisation de justice, lorsque le transfert est requis au nom d'un héritier bénéficiaire majeur.

IX. — Le père administrateur legal ne peut aliéner les valeurs mobilières appartenant à son enfant mineur qu'avec l'autorisation de la Chambre du conseil.

X. — Le mari ne peut aliéner les valeurs propres à la femme commune que du consentement de cette dernière.

XI. — Le mari ne peut aliéner les valeurs dotales que du consentement de la femme.

XII. — La dot mobilière n'est pas inaliénable.

XIII. — Le système qui admet l'aliénation des valeurs dotales du consen-

Digitized by Google

tement obligatoire des deux époux, est incompatible avec l'admission de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

XIV. — La clause d'alienation sous réserve d'emploi n'a pas pour effet, sous le régime dotal, de rendre inutile l'acceptation par la femme du bien acquis en remploi.

HISTOIRE DU DROIT ET DROIT COUTUMIER

I. — L'action de chose adirée était au Moyen-Age une action civile distincte de l'action criminelle en matiere de vol.

II. — Le tuteur ne pouvait, dans le dernier état du droit coutumier, sans s'adresser au conseil de famille, vendre les actions des compagnies inscrites au nom du mineur.

II. — Le gardien ne pouvait vendre les titres de créance soumis à son droit de garde; cette vente exigeait la nomination d'un tuteur *ad hoc*.

DROIT INTERNATIONAL ET DROIT PUBLIC

I. — Les actions d'une société étrangère, même non autorisée à agir en France, pourraient être négociées en France, lors même que les conditions préalables exigées par la loi de 1867 n'auraient pas été remplies.

II. — Les consuls n'ont par eux-mêmes, et en l'absence de traité, aucun caractère public.

III. — Il n'y a que deux pouvoirs dans l'état ; l'autorité judiciaire n'est qu'une branche du pouvoir exécutif.

DROIT PÉNAL

I. — Les dispositions pénales édictées par la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés sont inapplicables aux sociétés civiles qui auraient emprunté la forme extérieure des sociétés commerciales.

Digitized by Google

II. — Le refus de serment de la part d'un juré peut être assimilé au défaut de comparution, au point de vue de l'application de la peine édictée par l'art. 396. Cod. inst. crim.

Vu par le Président de la thèse,

BUFNOIR.

Vu par le Doyen,

Ch. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA POSSESSION DES MEUBLES

INTRODUCTION. 1

CHAPITRE I

Conditions d'existence de la possession des meubles 6

SECTION I

Acquisition de la possession. 8

§ 1. — Du *corpus* 9

Théorie de Savigny, 12-15. — Théorie d'Ihering, 16-17. — De la Custodia, 18. — Application au trésor, 19. — Généralisation de ces règles, 20-22. — Différences théoriques entre les meubles et les immeubles. Position des règles qui gouvernent en principe l'acquisition de la possession relativement aux meubles. Différentes hypothèses où il y est fait exception, 23-24. — Marque de l'acheteur apposée sur les marchandises laissées chez le vendeur, 25. — Remise à l'acheteur des clefs du grenier où sont enfermées les marchandises achetées, 27-28. — Remise des titres de propriété. Quid dans les ventes d'esclaves? 29-30.

§ 2. — *Animus*. Cas où il fait défaut. 29

Défaut d'aminus par suite de l'indétermination existant au sujet de la chose, 32. — Défaut d'aminus résultant des relations juridiques qui impliquent renonciation au droit de propriété, 33-34. Défaut d'aminus pour inexistence de la volonté, 35-38.

§ 3. — Acquisition de la possession par autrui 38

SECTION II

Perte de la possession 41

§ I. — Choses abandonnées par le détenteur ou soustraites à son pouvoir par suite d'une impossibilité matérielle. 43

Théorie de Savigny, 45. — Théorie d'Ihering, 46. — Application, 47. — De la négligence du possesseur au point de vue de la perte de la possession, 48. — Cas où la chose est perdue sans que le propriétaire sache où la retrouver, 50. — Obstacles matériels qui s'opposent au recouvrement de la chose, 51.

§ 2. — Pertes des choses détenues par autrui 50

Cas où le rapport de fait se trouve détruit au profit du représentant, 53-54. — Cas où il se trouve détruit par un événement matériel auquel la volonté du représentant n'a eu aucune part, 55. — Cas où il l'a été par la pure volonté du représentant. Abandon. Derelictio, 56. — Cas où il l'a été par suite d'une transmission au profit d'un tiers, 57.

§ 3. — Perte par la prise de possession d'un tiers 58

§ 4. — Influence de la qualité des choses sur la perte de la possession. . 61

Digitized by Google

CHAPITRE II

Protections établies en vue de la possession des meubles 66

SECTION I

Interdit utrubi 68

§ 1. — Origine et procédure 68

§ 2. — Conditions de succès dans l'interdit 70

Au point de vue de la durée de la possession, 69-70. — Accessio possessionum, 71-76. — Au point de vue du caractère qui doit avoir la possession, 77-78. — Effet relatif des vices de la possession, 79.

§ 3. — Effets et conséquences de l'interdit utrubi 83

Au point de vue des condamnations à prononcer, 81-82. — Au point de vue du recouvrement de la possession.

§ 4. — Cas dans lesquels pouvait être donné l'interdit. 93

Modifications apportées à la protection possessoire en matière mobilière. . 94

Époque antérieure à Justinien. Constitution de 389, 89-90. — Époque voisine de celle de Justinien : Fusion des interdits utrubi et uti possidetis, 91-92. — Époque postérieure à Justinien : Actio momentariæ possessionis, 93-99.

SECTION II

De l'action Furti dans ses rapports avec la possession 104

De la possession considérée en tant que condition constitutive du furtum, 103-104. — De la possession et tant que condition de l'actio furti chez celui à qui elle est donnée, 105-109.

CHAPITRE III

Effets et conséquences indirectes de la possession des meubles. . . . 115

SECTION I

Usucapion. 115

Règles spéciales aux meubles, 114. — Conditions étrangères à la chose elle-même, 114. — Du délai, 115-117. — Conditions inhérentes à la qualité de la chose elle-même, 118. — Vice tiré du vol. Conséquences quant aux accessoires de la chose volée, 119-120. — Part de l'esclave, 121-124. — Croît des troupeaux, 125-127. — Produits artificiels. Comment le vice tiré du vol peut être purgé, 128-131. — Effets de l'usucapion, 132-133.

SECTION II

Conséquences indirectes de la possession. 134

Action publicienne, 134-135. — Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, 136-137. — Effets divers, 138-139. — Conclusion.

Digitized by Google

DROIT FRANÇAIS

DE L'ALIÉNATION DES VALEURS MOBILIÈRES

PAR LES ADMINISTRATEURS DU PATRIMOINE D'AUTRUI

INTRODUCTION. 141

CHAPITRE I

Historique et régime des valeurs mobilières en ancien droit et d'après le Code civil

SECTION I

Des valeurs mobilières en ancien droit

§ 1. — Leur origine et leur développement au point de vue industriel et financier. 147

Sens du mot valeur, 10. — De la cession de créances, 12-13. — Opérations de Banque en Grèce, 16. — à Rome, 18-19. — Banquiers Florentins, 20. — Origine des actions, 21-24. — Commandites du XVIIe siècle. — Banque et système de Law, 25-26. — Opinions des jurisconsultes et économistes, d'Aguesseau, Melon, 27-28. — Conclusion, 29-31. —

§ 2. — Du régime des valeurs mobilières et de leur nature juridique en ancien droit. Conséquences au point de vue des pouvoirs des administrateurs légaux. 162

Distinction des biens en meubles et immeubles, 33-36. — Distinction en propres et acquêts, 37-39. — Application aux Rentes, 40-41. — Offices. — Immobilisations fictives au gré des parties. Stipulations de propres, 42-46. — Caractère spécial des meubles incorporels, 47. — Application de ces différents systèmes aux valeurs mobilières, aux actions au porteur de la Banque de Law, 48-52. — Transition aux pouvoirs des administrateurs légaux. Du gardien, 53-58. — Système de Duplessis. Système de Bourjon et Pothier, 59-62. — Tuteur. Art. 102 de l'ordonnance d'Orléans, 63-66. Vente des meubles corporels, 67-68. Emploi des deniers, 69-70. — Aliénation des meubles incorporels, 71-74.

SECTION II

Du régime des valeurs mobilières d'après le Code civil 196

Etat économique lors de la rédaction du code. De la nouvelle classification des biens, 75-76. — De la maxime Vilis mobilium possessio. Système du code à l'égard des meubles incorporels, 77-82. — Développement des valeurs mobilières postérieurement à la rédaction du Code civil. Conséquences au point de vue économique. Réformes législatives, 83-87. — Formes diverses que ces valeurs peuvent revêtir dans notre droit. Titres au porteur, 88-90. — Application aux titres au porteur de l'art. 2279. Conséquences au point de vue de l'administration du patrimoine d'autrui, 91-97. — Moyen imaginé pour écarter les dangers qui en résultent. Titres cotés et paraphés par les notaires. Effets de ces mentions sur les titres, 98-103. — Conclusion, 104. —

Digitized by Google

CHAPITRE II

De l'aliénation des valeurs mobilières par le mandataire conventionnel muni d'un pouvoir général d'administration

SECTION I

Notion générale de l'administration 229

Du mandat cum libera potestate dans le droit Romain et dans le Code civil, 105-107. — Notion du patrimoine; Distinction entre les actes d'administration et ceux de disposition, 108-110. — Des trois types d'administra ion admis par le Code civil, 111-112. — Appplication aux meubles incorporels, 113-114. —

SECTION II

Application de ces principes généraux au mandataire conventionnel.

§ α. — Aliénation directe des valeurs 239

Caractère de cette administration. Théories de Pothier, Laurent. Pont, 115-116. — Aliénation des valeurs mobilières. Prohibition, exception apparente relative aux effets de commerce, 117. — Principe de généralisation de cette dernière exception, 118-119. — Application aux valeurs de spéculation, 120-123. —

§ β. — Aliénation indirecte 251

Mise en gage, 125-129. — Reports, 130-131. — Marchés à prime, 132. — Application aux reports de l'exception admise au sujet des valeurs de spéculation, 133-137. — Titres au porteur. Couverture, 138. — Conversion des titres nominatifs, 139-147.

§ γ — Effet et sanction des aliénations excédant les pouvoirs du mandataire. 276

Aliénation excessive des titres au porteur. Quid des titres nominatifs? 148. — Du transfert accompli à la demande d'un mandataire non muni de pouvoir spécial : force probatoire, effets, 149. — Atténuation au principe de nullité, 150. — Gestion d'affaires ; actes qui peuvent être validés de ce chef, 151-152. — De la ratification et de ses effets, 153-154. —

CHAPITRE III

Aliénation des valeurs mobilières par les administrateurs légaux nommés aux absents et aux incapables

SECTION I

Envoyés en possession provisoire des biens de l'absent. 287

Caractère spécial de cette administration, 155. — Présomption d'absence, envoi en possession, 156-157. — Aliénation des valeurs mobilières par l'envoyé en possession 158-161. — La chambre du conseil a-t-elle qualité pour intervenir? 162. — Aliénation réalisée par l'héritier apparent; 164-172. —

SECTION II

Du tuteur

§ 1. — Législation antérieure à la loi du 27 février 1880 306

Intérêt pratique de cette étude rétrospective, 174. — Art. 452 du Code civil. Les valeurs mobilières étaient-elles comprises dans la vente obligatoire? 175-177. — Formes applicables à la vente, 178. — Aliénation au cours de la tutelle, 179. — Interprétation de la loi de 1806, 180-181. — Des différentes phases de la jurisprudence, 182-183. — Discussion de la question, 184-192. — Incertitudes et conséquences qui en résultaient, 193-195. —

§ 2. — Loi du 27 février 1880 334

Digitized by Google

α. — Des conditions et formalités imposées pour l'aliénation des valeurs mobilières et de leur sanction 345

Première formalité : autorisation du conseil de famille, 177-201. — Deuxième formalité : homologation de justice. Critique, 202-207. — Admission d'une distinction analogue à celle de la loi de 1806, 208-209. Recours contre la délibération du conseil de famille; suppression de l'appel, 210-212. — Sanction de ces deux formalités. Nullité, confirmation, 213-215. — Conditions accessoires de la vente, non prescrites à peine de nullité, 216. — Pouvoirs du conseil de famille à ce point de vue, 217-218. — Sanction de ses prescriptions 219. —

β. — Champ d'application des formalités de la loi de 1880 364

Il n'y a pas de distinction à faire pour le cas de tutelle légale des père et mère, 220-221. — Difficultés d'application relatives au titre aliéné. — Titres au porteur; valeurs de spéculation, 222-223. — Titres soumis à un droit d'usufruit, usufruit légal, 224-225. — Titres soumis à un droit de co-propriété, 226. — Titres indivis, 227-230. — Jugement du 23 juin 1880, 231-235. — Difficultés relatives à l'acte par lequel le tuteur a disposé de valeurs du pupille. Mise en gage, 236. — Recouvrement anticipé, 237. — Conversion, 238. —

γ. — Mesures accessoires prises en vue d'assurer l'exécution des formalités de la loi. 386

Obligation de convertir les titres au porteur en titres nominatifs, 239-244. — Mission spéciale du subrogé-tuteur, 245-251.

Appendice. — Application de la loi aux tutelles administratives 396

SECTION III

Du père administrateur légal 397

Principes, 254-255. — La loi de 1880 s'applique-t-elle ? 256-257. — Aliénation des valeurs mobilières : 1er système, assimilation complète avec les règles admises en matière de tutelle, 258-259. — Assimilation partielle ; Système de M. Demolombe, 260-264. — Système qui exige simplement l'autorisation de la chambre du conseil, 265-268. — Projet de loi à ce sujet, 269. —

SECTION IV

Administrateurs nommés aux biens des interdits et des aliénés non-interdits. 411

Administrateur nommé au cours de l'interdiction, 270-271. — Tuteur de l'interdit, 272. — Personnes placées dans un établissement d'aliénés. Loi du 30 juin 1838, 273-274. — Les aliénations interdites à l'administrateur provisoire peuvent-elles être autorisées par justice ? 275-279. — Application à cette hypothèse de la loi du 27 février 1880. Difficultés qui en résultent, 280-283. — Un administrateur autre que le mari peut-il être nommé aux biens de la femme aliénée? Arrêt du 14 février 1881, 284-285.

CHAPITRE IV

Des propriétaires réduits au rôle d'administrateurs dans l'intérêt d'autrui. Des différents administrateurs d'une succession . . . 429

Administrateur provisoire d'une succession non encore acceptée 429

Héritier bénéficiaire 431

Intérêt et position de la question, 291-294. — Nature particulière de l'administration de l'héritier, 295-296. — Examen de la question au point de vue des textes, 297-298. — Signification vraie de la perte du bénéfice d'inventaire résultant des actes excessifs de l'héritier, 299. — Du prétendu conflit entre la qualité de propriétaire et celle d'administrateur, 300-304. — Avis du conseil d'Etat du 11 janvier 1808, 306. — Système qui exige une ordonnance du Président, 307. — Intervention de la justice, 309-310. — Modifications apportées par la loi de 1880. Conséquence de l'abrogation indirecte de l'avis de 1808; arrêt du 4 avril 1881, 311-316. Effet de la vente sans autorisation, 317. — Difficultés provenant de ce que l'héritier bénéficiaire se trouve être un mineur, 318. — Le liquidateur d'une succession bénéficiaire dans laquelle un mineur se trouve engagé, doit-il toujours remplir les

Digitized by Google

formalités de la loi de 1880? 319-320. — L'omission des formalités de cette loi a-t-elle quelque conséquence au regard des créanciers? 321. — Conséquence au regard du mineur de l'omission des formalités exigées dans l'intérêt des créanciers. 322. — Durée des effets produits par le bénéfice d'inventaire, 323. — Droits et responsabilité du trésor chargé du transfert des titres dépendant d'une succession bénéficiaire; modifications qui dérivent de la loi de 1880, 324.

Curateur à succession vacante 470

Exécuteur testamentaire. 471

Grevés de substitution 473

CHAPITRE V

Du mari administrateur des biens personnels de la femme 475

SECTION I

Régime de communauté légale et conventionnelle 477

§ 1. — Communauté d'acquêts; clause de réalisation absolue. 479

Exposition : double question à examiner, 332. — 1° La femme conserve-t-elle la propriété de ses valeurs réalisées? Négative, 333-334. — Réfutation; examen de la théorie de Pothier, Bourjon, Renusson, 335-336. — Réfutation au point de vue des textes, 337. — 2° Les valeurs réservées propres à la femme peuvent-elles être aliénées par le mari sans le consentement de celle-ci? Examen de la théorie de MM. Aubry et Rau, 328. — Arguments de texte; réfutation, 339-341. — Jurisprudence, résumé, 342-343.

§ 2. — Clauses de communauté conventionnelle susceptibles d'apporter quelques modifications aux pouvoirs du mari ou à ses droits sur les valeurs mobilières de la femme. Remplois et emplois . . . 496

Valeurs cédées à la femme par application de l'article 1595-2°, 344. — Valeurs acquises en remploi, 345-346. — Effets de l'acceptation de la femme, 347. — Remploi conventionnel, 348. — Valeurs stipulées aliénables à charge de remploi, renvoi, 349.

Clause de reprise d'apports. Franc et quitte 504

Convention d'apport. Réalisation indirecte 507

Régime exclusif de communauté 512

Observations générales 513

SECTION II

Régime dotal. 515

Position de la question, 358. — Pouvoirs du mari sur les valeurs dotales, 359. — Système de la jurisprudence, 360. — Réfutation, 361-363. — Conséquence qui en découle pour les partisans de l'inaliénabilité de la dot mobilière, 364. — Système de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, 365-366. — Ce système peut-il se concilier avec la doctrine qui exige le concours de la femme pour l'aliénation des valeurs dotales? 367-369. — Système de l'inaliénabilité absolue des valeurs dotales, 370. — Critique du système de la jurisprudence, 371-373.

Clauses modificatrices des pouvoirs du mari. 536

Clause d'inaliénabilité. Mention de dotalité 536

Réserve d'aliénation. 540

Remplois 544

Valeurs stipulées aliénables à charge de remploi, 382-384. — Effets de la clause de remploi à l'égard des tiers, 385. — Emploi, 386. — Jurisprudence, 387. — Responsabilité de l'agent de change qui a concouru au transfert, 388. — Conditions de validité du remploi; acceptation de la femme, 389-391. — Biens qui peuvent être acquis en remploi, 392. — Titres au porteur, 393. — Valeurs acquises en remploi, 394-397. — Valeurs acquises des deniers dotaux en dehors de toute clause de remploi, 398.

Digitized by Google

Appendice. — Combinaison des dispositions du régime dotal avec celles du régime de communauté 566

Société d'acquêts jointe au régime dotal, 399-400 — Observation relative aux valeurs acquises des deniers dotaux, 401 — Du remploi obligatoire en matière de communauté ; équivaut-il à une clause de dotalité ? 402.

Législation comparée et conclusion 572

Législation anglaise 572

Trusts et *trustees*, 405-406. — Mineurs. Des *guardians*; des divers curateurs aux biens. 407. — Aliénés : des diverses espèces de *lunatics*; leurs curateurs, *comittees to estate*, 408. — Femmes mariées : *Married women's property acts* 1870, 1871 *et* 1882, 409.

Législation allemande 578

L'Allgemeine Landrecht. Loi prussienne de 1875 sur la tutelle, 410-411.

Législation italienne 580

Code sarde de 1837. Code italien de 1866, 412.

Conclusion 581

Imp. A. DERENNE, Mayenne. — Paris, boulevard Saint-Michel, 52.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Imprimerie A. DERENNE, Mayenne. — Paris, boulevard Saint-Michel,

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google